

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

MARTINA ROMAN LUTZ

A LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

CURITIBA
2010

MARTINA ROMAN LUTZ

A LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografia, Pesquisa e Extensão como requisito parcial à conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

CURITIBA

2010

MARTINA ROMAN LUTZ

A LEGITIMAÇÃO NA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Elton Venturi
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 10 de novembro de 2010

AGRADECIMENTOS

Ao professor doutor Sérgio Cruz Arenhart agradeço pelo auxílio na orientação e elaboração desta monografia.

À Dra. Marcela Marinho Rodrigues agradeço pelos importantes ensinamentos passados durante todo o período em que estive sob sua supervisão e que transcendem o universo jurídico.

À minha família agradeço pelo apoio incondicional.

Nunca el mundo fue tan desigual en las
oportunidades que brinda, y nunca fue tan
igualitario en las costumbres que impone.

Eduardo Galeano

RESUMO

O tratamento dado no Brasil às causas em que a coletividade figura no pólo passivo tem sido impulsionado não apenas em razão do contato com a experiência jurídica das *class actions* norte-americanas mas também como resultado de uma necessidade presente em nosso ordenamento de controlar a atuação de grupos que extrapolam os direitos e garantias que deveriam, em tese, defender. Embora para a maioria dos autores não haja regramento expresso acerca do tema, havendo, inclusive, o receio de alguns acerca da possibilidade de sua introdução em nosso sistema legal, a ação coletiva passiva brasileira vem se revelando uma realidade, já existindo inúmeros exemplos de sua aplicação pela jurisprudência pátria nas mais variadas instâncias quando há presente ameaça ou violação de direito por agrupamentos. Diante deste quadro, como meio de se resguardar o atendimento às garantias individuais, revela-se imprescindível à implementação das ações coletivas passivas no Brasil que se averigüe o modo como será outorgada a legitimação ao grupo réu. Para tanto, deve-se atentar não somente ao fato da coletividade ser demandada em juízo, mas também se os interesses dos indivíduos que não estejam atuando diretamente na causa estão sendo devidamente representados.

Palavras-chave: Ação coletiva. Ação coletiva passiva. Legitimação passiva.

ABSTRACT

The given treatment in Brazil to the causes where the community occupy the defendant pole in court procedures has been stimulated not only on account of the contact with the legal experience of the American class actions but also as a result of a current need i.e., controlling the groups actions which go beyond the rights and guaranties that they should, in theory, protect. Although for a great number of authors there are not a legal statute about this issue, including a few of them that distrust the possibility of this introduction in our legal system, the Brazilian defendant class action had become a reality, with plenty of cases arising from many different jurisdictions when there are threat or rights violations by clusters. In face of the circumstances, as a way to assure the individual rights, it turned out to be indispensable to the defendant class action's settlement in Brazil to ascertain how will be granted the possibility of a group be sued. In this case, shall be observed not only the fact of a community to be the defendant but also if the individual interests of the absent parties are being fairly and adequately represented.

Key words: Class action. Defendant class action. Standing to be sued.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA.....	14
1.1 RETROSPECTO HISTÓRICO	14
1.1.1 Dos litígios coletivos medievais à moderna ação coletiva	14
1.1.2 A ação coletiva passiva norte-americana (<i>defendant class actions</i>)	20
1.1.3 A realidade social atual. Necessidade de controle da coletividade	25
1.2 DEFINIÇÃO, ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO	29
1.3 O PAPEL DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO.....	34
1.3.1 Acesso à Justiça	36
1.3.2 Economia Processual.....	38
1.3.3 Direito à tutela jurisdicional efetiva	40
2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	42
2.1 LEGITIMAÇÃO PARA A REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS.....	42
2.2 LEGITIMAÇÃO PARA A REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	46
2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES E PESSOAS. IMPLICAÇÕES NO DEVIDO PROCESSO LEGAL (DUE PROCESS OF LAW)	53
2.3.1 Representação de pessoas.....	56
2.3.2 Representação de interesses.....	60
2.4 LEGITIMAÇÃO DA COLETIVIDADE NO PÓLO PASSIVO.....	62
2.4.1 O Ministério Público como réu?.....	63
2.4.2 Atribuição da legitimação ao grupo sem personalidade jurídica.....	65
2.5 CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA	70
2.5.1 O controle judicial da “representatividade adequada”	73
2.5.2 Subsídios ao controle judicial	75
2.5.3 Controle da representação adequada de <i>lege lata</i>	77
2.5.4 Controle da representação adequada de <i>lege ferenda</i>	80

2.6 O CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA CLASS ACTION NORTE-AMERICANA	82
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91
JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA	96

INTRODUÇÃO

Apenas recentemente o ordenamento brasileiro passou a ter contato com as ações coletivas, ao menos em termos relativos a uma razoável sistematização normativa. Contudo, a despeito do pouco tempo de sua implementação, o sistema processual coletivo nacional já é reconhecidamente consolidado no sentido de permitir que determinado ente represente ativamente, em juízo, os interesses de uma coletividade.

Por sua vez, no que concerne à questão de saber se os legitimados ativos podem, eventualmente, ser demandados por meio de uma ação coletiva, ou seja, se determinada ação poderia ser ajuizada em face de um grupo ou classe, ainda não há um entendimento pacífico, seja na jurisprudência, seja na doutrina.

Nota-se que, como forma de fortalecer o processo coletivo e a atuação dos legitimados na defesa de interesses da sociedade, a escolha feita pelo conjunto normativo pátrio foi de atribuir apenas ao pólo ativo a condução judicial dos interesses metaindividuais. Afastou-se, portanto, de plano, a possibilidade de que o grupo pudesse vir a ser vinculado a decisões contrárias aos seus interesses sob o argumento de que a coletividade seria uma vítima que demandaria constante amparo.

Ao contrário, ainda que a coletividade seja, em regra, um organismo frágil face à própria natureza humana, e que, em consequência dessa característica demanda uma proteção jurídica própria, a realidade prática nos revela inúmeras situações em que agrupamentos sociais ameaçam ou violam direitos alheios, como por exemplo, no caso de cartéis, torcidas organizadas e conflitos agrários.

A presente monografia visa justamente a expor uma outra face ainda pouco explorada no estudo das ações coletivas, abordando a atuação do grupo não mais como defensor dos interesses da coletividade, mas como agente que está a ameaçar ou violar direitos. Busca-se, desta forma, demonstrar como seria possível outorgar legitimação ao grupo de modo que este passe a ocupar o pólo passivo de uma demanda, sem que com isso se configure qualquer afronta ao devido processo legal.

Para tanto, inicia-se o presente trabalho com um breve retrospecto histórico desde as ações coletivas medievais, passando pelas ações coletivas passivas norte-americanas (*defendant class actions*), até o cenário nacional atual, no qual as ações coletivas passivas revelam-se como uma premente necessidade cuja jurisdicionalização não pode ser olvidada sob pena do não atendimento das garantias constitucionalmente asseguradas do acesso à justiça, da economia processual e da tutela jurisdicional efetiva.

A partir do arcabouço doutrinário lançado na parte inicial do trabalho, procura-se no segundo capítulo apresentar as teorias que embasam a possível outorga de legitimação passiva ao grupo no direito brasileiro ante uma (para alguns autores, suposta) ausência de texto legal expreso acerca do tema.

Uma vez enfrentados os percalços intrínsecos aqueles que defendem a possibilidade do grupo réu figurar no pólo passivo com base no ordenamento vigente, passa-se então a demonstrar os mecanismos pelos quais poderia ser realizado o controle da atuação daqueles que representarão em juízo os demais membros. Nesse sentido são apresentadas duas valiosas propostas, uma que prevê um controle judicial *de lege lata* e outra mais cautelosa, *de lege ferenda*.

Por fim, foram acrescentados ao longo do texto pontos centrais da experiência do sistema jurídico norte-americano que, apesar de pertencer à família jurídica da *common law*, em muito já contribuiu para o amadurecimento do processo coletivo brasileiro, e que tem, em relação à ação coletiva passiva, um caráter marcante face a possibilidade de, naquele país, haver a vinculação de membros ausentes, tanto no pólo ativo quanto no passivo, desde que haja a representatividade adequada (*adequate representation*), servindo se não como modelo, ao menos como inspiração ao direito pátrio.

1 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

1.1 RETROSPECTO HISTÓRICO

1.1.1 Dos litígios coletivos medievais à moderna ação coletiva

Ainda que o direito romano tenha sido palco das primeiras ações coletivas que se têm notícia, foi no direito anglo-saxão, mais especificamente na Inglaterra medieval, que se pode encontrar as origens da ação coletiva moderna nos moldes de como a conhecemos hoje.¹

Nesse sentido, Aluísio MENDES² refere-se a três eventos que poderiam, segundo ele, ser apontados como os marcos iniciais das ações coletivas. O primeiro deles, curiosamente, versa acerca de uma ação na qual a coletividade encontra-se no pólo passivo. Frise-se que, não obstante as ações coletivas passivas serem atualmente raras, na era medieval eram tão frequentes quanto as ações coletivas ativas, não havendo, inclusive, distinção entre classes de réus e de autores.³

Considerada como o litígio em grupo mais antigo que se tem conhecimento,⁴ o caso *Martin v. Parishioners of Nuthampstead* trata de disputa proposta no ano de 1199 perante a Corte Eclesiástica de Canterbury pelo pároco Martin, de Barkway, em face

¹ MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8-10.

² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 43-44.

³ RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007, p. 81.

⁴ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p.80. Em sentido diverso, Antônio GIDI e Márcio Flávio Mafra LEAL mencionam a existência de outros litígios coletivos ainda mais antigos. O primeiro aponta a existência, no século IX d.C., de procedimentos eclesiásticos de natureza criminal contra insetos, roedores e outras pragas. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p.43.), já o segundo cita a reivindicação proposta em 1179, em Paris, pelos aldeões da vila de Rosnyous-Bois em face do abade e clérigos de Santa Genoveva requerendo o fim de sua condição como servos (LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 21).

dos paroquianos de Nuthampstead, considerados então como um grupo, versando acerca dos direitos sobre dízimos e outras vantagens da diocese e suas correlativas obrigações.

O segundo registro data do século XIII, quando três aldeões pleitearam contra as comunidades de Donington e Bykere, em benefício próprio e de toda a comunidade de Helpingham, assistência na reparação de diques locais. Nesta ocasião, em ambos os pólos estavam presentes apenas alguns moradores em nome de seus respectivos vilarejos.

A terceira ocorrência apontada ocorreu no século seguinte, durante o reinado de Edward II (1307-26), quando Emery Gegge e Robert Wawayn provocaram prestação jurisdicional em nome próprio e dos pobres e médios burgueses de Scarbourough em detrimento de Roger Cross, John Hughson, Warin Draper e outros ricos burgueses da cidade.

Nos três casos apresentados, o professor Aluisio MENDES ressalta a desnecessidade por parte dos julgadores da época em realizar quaisquer questionamentos que envolvessem aspectos processuais do litígio. Cita, como exemplo, a ausência de perquirição acerca da legitimidade de alguns para defender em juízo o direito das coletividades envolvidas, cingindo suas preocupações tão somente em analisar o mérito da causa.⁵ Uma vez que no período medieval existia a presunção da representação derivada de uma coesão interna da classe, a análise das condições de admissibilidade era realizada de modo inconsciente:⁶

Na ação coletiva medieval, não se questionava a representação de direitos alheios, vez que o direito material era mais ou menos compartilhado indistintamente pela comunidade. Ou seja, o membro da comunidade que figurava como autor da ação não representava o direito de um conjunto de indivíduos, mas de uma coletividade. (...) Não havia, portanto, discussão acerca da representatividade do autor da ação coletiva, por não se discernir *indivíduo* de *comunidade* como se concebe hoje. Sob tais condições, o processo judicial era voltado para o mérito do litígio, tornando as partes e sua definição como algo não problemático ou secundário.⁷

⁵ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 44.

⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003, p.142.

⁷ LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 24-27.

Nesta época, em decorrência de um contexto político e social único, marcado por uma sociedade essencialmente homogênea e estratificada, onde o comércio exercia um papel secundário e os habitantes mostravam-se altamente suficientes⁸, o indivíduo era confundido com a comunidade⁹. A idéia de grupo ali presente se igualava a um *status* e era atribuída a uma coletividade de fora para dentro¹⁰.

O termo *classe* era empregado tão somente em seu sentido objetivo, ou seja, referia-se apenas à idéia de um agrupamento humano, destituído de qualquer consciência acerca de seu papel social.¹¹ Posteriormente, na modernidade, sua forma subjetiva se revelou como de fundamental importância para o presente estudo, pois é somente por meio da noção de “*consciência de classe*” que se torna possível que se opere uma verdadeira transformação na conjuntura existente,¹² de modo a se aceitar o grupo como um conjunto ligado por um pensamento comum.

Somado ao fato do homem medievo estar indissociavelmente vinculado à comunidade ou corporação a que pertencia¹³ e da inexistência do que se chama de consciência de classe, pode-se também atribuir à falta de reconhecimento do processo como ciência a existência do recebimento de ações contra e a favor das coletividades sem que fossem suscitadas quaisquer questões versando acerca da adequação da representatividade.¹⁴ Isso porque o direito processual foi alçado à categoria de ciência autônoma tão somente em 1818 com Von Büllow, inexistindo, antes disso, critérios seguros que diferenciasssem, de forma precisa, o direito substancial do processual.¹⁵

Com o decorrer do tempo, houve a superação da concepção do indivíduo como sujeito umbilicalmente ligado à comunidade à qual pertencia. Somada ao

⁸ Commerce plays a smaller role in society, the various sectors were more autonomous (as in the case of village communes) or else plays no part at all the economic life of the community and in the process of production. (...) One sector of society simply lives out its “natural” existence in what amounts to a total independence of the fate of the State.” (LUKÁCS, Georg. *History and class consciousness: Studies in Marxist Dialects*. Translated by. Rodney Livingstone. Cambridge: The Mit Press, 1971, p. 55)

⁹ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 44.

¹⁰ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 10-11.

¹¹ LUKÁCS, G. Obra citada, p. 71.

¹² Segundo LUKÁCS, a verdadeira transformação da sociedade somente se operará quando o proletariado, por meio da *consciência de classe*, integrar, aos seus interesses imediatos, uma visão global de sua realidade aliada a um objetivo final, ensejando desta forma, uma alteração consciente da sociedade. (LUKÁCS, G. Obra citada, p. 71.)

¹³ LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 27

¹⁴ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 13.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 12 e 56.

amadurecimento das idéias acerca da representação adequada e à distinção entre os interesses das pessoas jurídicas e dos membros que as compunham,¹⁶ acabou-se por limitar as ações coletivas, das quais passou-se a exigir uma “justificação para seu exercício”¹⁷, levando à uma fase de latência dos litígios coletivo do séc. XVIII ao início do séc. XX.

A transição do período moderno para contemporâneo, por sua vez, marcado pelo florescimento da filosofia individualista, e o declínio da importância dos grupos na estrutura social¹⁸, provocou um antagonismo imprescindível à consolidação das ações coletivas, em especial, para as coletivas passivas. Ao mesmo tempo em que o indivíduo era glorificado em sua essência como unidade pessoal autônoma e, portanto, dissociado do núcleo do qual pertencia, foi possibilitada a estruturação do grupo nos moldes tal como é hoje conhecido, em que a consciência de classe toma o lugar da comunidade como fator de coesão.¹⁹

Foi nesse mesmo período, marcado por um contexto essencialmente racionalista-individualista, que o Direito Processual Civil se firmou como ciência. Em decorrência, a concepção de seus institutos e categorias foi influenciada unicamente para a tutela de interesses individuais, sintetizada pela máxima que “somente o titular ou o pretendo titular do direito material é legitimado para propor ação com vista a sua tutela”.²⁰

Diferentemente, durante o século XVII, o direito inglês apontou para uma gradual modificação em seu panorama jurídico promovida pelas *courts of chancery* que, com linguagem e precedentes próprios (*leading cases*), acabaram por formar um corpo de normas, denominado *equity*²¹, marcadamente mais flexível que o sistema da

¹⁶ “No final da Idade Média estabeleceu-se uma Teoria das Corporações, estabelecendo regras para sua existência jurídica, destacando os interesses da corporação com algo distinto dos membros que a compõe, e criando assim uma unidade jurídica apta a ser titular de direitos e deveres, de modo semelhante ao que ocorria nos casos das pessoas físicas.” (LEAL, M. F. M. Obra citada, p.28.)

¹⁷ MENDES, Aluisio G. de C. Obra citada p.48.

¹⁸ LEAL, M. F. M. Obra citada p. 27

¹⁹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 16. Segundo Márcio Flávio Mafrá LEAL “Assim, do grupo homogêneo e coeso medieval, surgiu a classe, um conjunto de indivíduos reunido por um interesse comum (...). O autor coletivo tornou-se um representante de interesses de um grupo de pessoas reunidas em torno de uma circunstância fática ou jurídica comum”. (LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 29-31.)

²⁰ LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 34.

²¹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

common law. Foram então desenvolvidos uma série de provimentos judiciais que protegiam não apenas os direitos materiais como também os direitos existente no sistema *at law* destituídos de uma proteção adequada.²² Em especial no que dizia “respeito à representatividade plena das partes, em demandas que envolvessem pluralidade de sujeitos”.²³

A *bill of peace*, pertencente ao regime da *equity*²⁴, foi um desses mecanismos criados para que “um ou alguns membros do grupo pudessem representar em juízo o interesse de todos os demais similarmente situados”.²⁵ Além de tutelar as situações previstas pela *equity*, também seriam aplicáveis na tutela de situações protegidas nos tribunais de *law*. Cita-se, como exemplo, quando se tinha por objetivo evitar a multiplicidade de ações individuais²⁶, vez que estes tribunais não admitiam o litisconsórcio voluntário baseado apenas na existência de questões comuns.²⁷

Em decorrência destas características, a *bill of peace* é apontada pela maioria dos autores como sendo a base da atual *class actions*,²⁸ pois teria sido por meio dela que as *Courts of Chancery*, no século XVII, passaram a admitir o litígio representativo quando se mostrasse impraticável ou muito inconveniente que todas as partes participassem do processo.²⁹

Em suma, inicialmente baseada nas premissas da necessidade e conveniência, a *bill of peace* foi uma mutação da regra do regime processual do litisconsórcio,³⁰ criada com o intuito de possibilitar a realização da justiça nas situações em que não fosse possível o litisconsórcio necessário de todos os interessados.³¹ Exigia, para tanto, não apenas um agrupamento coeso, mas também a constatação da presença de interesses

²² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p.43.

²³ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 143.

²⁴ GIDI, A. Obra citada, p.44.

²⁵ GIDI, A. Idem, p. 42.

²⁶ “A simples multiplicidade de pessoas envolvidas em uma controvérsia em torno de uma questão comum era suficiente para se invocar a jurisdição dos tribunais de *equity*, ainda que o objeto do processo fosse da jurisdição dos tribunais de *law*”. (GIDI, A. Idem p.43-44).

²⁷ GIDI, A. Idem, p. 41.

²⁸ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 143 e GIDI, A. Obra citada p. 42.

²⁹ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 83.

³⁰ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 143 e GIDI, A. Obra citada, p. 42.

³¹ GIDI, A. Obra citada, p. 42.

comuns entre os membros (*shared interests*)³² e da a representação adequada dos interesses dos ausentes.³³

Ressalte-se ainda que, durante o século XVII, o desenvolvimento do *bill of peace*, como possibilidade de demanda coletiva, estava condicionado à existência de interesses comuns (*shared interests*), envolvendo um número elevado de pessoas, que ficariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. A presença dos interesses comuns substituiu, assim, a base sobre a qual as ações do grupo haviam-se pautado durante a fase medieval e a primeira etapa moderna, em que o denominador comum era apenas a existência de um agrupamento coeso.³⁴

Como dito, não obstante a *bill of peace*, o arrefecimento no período do séc. XVIII ao início do séc. XX do litígio coletivo inglês só veio a ser quebrado com o surgimento das *class actions* no direito norte-americano.³⁵ Conforme Antônio GIDI, o século XIX foi marcado por profundas contradições na filosofia ocidental, que acabaram por afetar diretamente o desenvolvimento das ações coletivas no direito anglo-saxão. Refere-se o autor à existência de duas forças contrastantes neste período: a dificuldade em se aceitar que uma pessoa representasse um grupo de ausentes e o desenvolvimento de uma sociedade massificada, o que invariavelmente levava à formação de grupos com interesses mais ou menos estandardizados.³⁶

Tal contraponto expressa-se no sentido que, não obstante o período individualista ter reduzido a importância dos grupos na sociedade e em decorrência disso, dos litígios coletivos,³⁷ a economia capitalista pós-Revolução Industrial, em decorrência da concentração populacional nas grandes cidades, fez aflorar a consciência de classe de uma forma antes nunca vista no mundo ocidental.

³² “Lord Macnaghten announced the oft-repeated rule that a representative suit may be brought only where all members of the class share a ‘common interests’.” (Taylor John L. E Head, John W. Representating collective interests in civil litigation: a comparative synopsis. *Jornal of Urban Law*, v. 58, 1981, p. 597, *apud* LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática* p. 141.)

³³ GIDI, A. Obra citada, p. 42.

³⁴ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 47-48.

³⁵ Segundo Márcio LEAL, “as ações coletivas foram rareando até se chegar a um período de ‘hibernação’ na utilização do instrumento, até a sua redescoberta, ou melhor, sua revitalização na versão americana no século XX” (LEAL, M. F. M.. Obra citada p. 31.)

³⁶ GIDI, A. Obra citada, p.44.

³⁷ Segundo Márcio Flávio Mafra LEAL, a questão da representação nas ações coletivas ganha novos ares, com o surgimento da idéia de um indivíduo autônomo e livre. O direito de ação transforma-se em um direito de propriedade que somente poderia ser afetado por aquele que venha a fazer parte do processo. “O direito de agir e de ser parte é visto, portanto, como propriedade privada” (LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 37)

No século XIX, diversamente do que vinha ocorrendo até então, em que a idéia de classe era atribuída de fora para dentro, a organização do movimento operário, por meio de um despertar dialético de sua consciência como um grupo, conduziu ao reconhecimento da consciência de classe como localizada dentro do próprio proletariado, por si mesmo.³⁸

Após o reconhecimento da classe trabalhadora como tal, a coletividade em geral passou a reunir-se com o fito de buscar a tutela de interesses que eram aparentemente inexistentes, demandando soluções não previstas pelos sistemas processuais, cujas categorias e institutos ainda baseavam-se na filosofia individualista.³⁹ Mostra-se, portanto, o estudo da ação coletiva passiva como um verdadeiro meio para a efetivação da tutela de alguns desses interesses.

1.1.2 A ação coletiva passiva norte-americana (*defendant class actions*)

O modelo das class actions norte-americanas não apenas é considerado o mais bem sucedido e difundido entre os ordenamentos jurídicos do *civil law* e *common law* como também revela-se uma tendência mundial a ser adotada no ramo dos processos coletivos⁴⁰. Neste quadro, o modelo brasileiro ocupa papel de destaque ao auxiliar na passagem das regras abertas, típicas do sistema estadunidense, para os ordenamentos de *civil law*.⁴¹

³⁸ "This means that subjectively, i.e. for the class consciousness of the proletariat, the dialectical relationship between immediate interests and objective impact relationship between immediate interests and objective impact on the whole society is located in the consciousness of the proletariat itself. It does not work itself out as a purely objective process quite apart from all (imputed) consciousness-as was the case with the classes hitherto". (LUKÁCS, G. Obra citada, p. 71)

³⁹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p.20.

⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. IV, Processo Coletivo, p. 57.

⁴¹ DIDIER JR, F; ZANETI JR, H. Idem, p. 58.

De maneira alguma significa dizer que trata-se de mera cópia das *class actions*, mas sim de fonte de inspiração, conforme os institutos a serem implantado em cada país sejam mais ou menos aderentes aos princípios de seus sistemas processuais.⁴²

Como já previamente demonstrado no item anterior, as ações coletivas não constituem um fenômeno contemporâneo. Entretanto, foi apenas nos Estados Unidos do século XIX que a tutela dos interesses de massa evoluiu e se consolidou de maneira efetiva,⁴³ tendo o direito norte-americano influenciado de maneira veemente a forma como se deu a sistematização do processo coletivo no Brasil.⁴⁴

Os passos iniciais no sentido de se implementar um sistema de litígios coletivos nos Estados Unidos ocorreu em 1942 com a edição, pela Suprema Corte norte-americana, da primeira norma escrita relacionada com a *class action*, a *Federal Equity Rule 48*.⁴⁵ Entretanto, influenciada pelos estudos do jurista Joseph Story, impregnado pelo individualismo da época, ainda que a *Rule 48* previsse a possibilidade da representação de interesses dos ausentes, não permitia que os efeitos do julgado atingissem interessados que não estivessem presentes no curso processual.⁴⁶

Não obstante prever tanto ações ativas quanto passivas em seu texto legal, pois ambas as partes poderiam ser substituídas em juízo por um representante adequado, a segunda parte do dispositivo da *Rule 48* mostrou-se incompatível com o procedimento coletivo. Não era razoável ou útil uma lei que permitisse a promoção da persecução de um interesse em juízo sem que seus efeitos pudessem alcançar os representados.⁴⁷ Em razão desta característica, a *Rule 48* não significou uma mudança

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil law. *Revista de Processo*, nº 157, 2008, p. 150.

⁴³ VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americana (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo* nº 159, ano 33, mai. 2008, p. 95.

⁴⁴ Conforme Antonio GIDI, tal influência se deu de forma indireta: "La acción colectiva brasileña tiene sus orígenes en los estudios académicos realizados en Italia en la década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema". (GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*". México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p.17.)

⁴⁵ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 66.

⁴⁶ MENDES, A. G. de C. Idem, ibidem.

⁴⁷ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 84. *Equity Rule 48* (1842): "Quando qualquer das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta conveniência e sufocante demora para a ação, trazer a juízo todas as partes, poderá a corte discricionariamente dispensar o ingresso de todos, havendo sujeitos suficientes para representar corretamente todos os diversos interesses dos autores ou dos réus na ação. Mas, em tais casos, não prejudicará os direitos e pretensões dos ausentes". (RODRIGUES NETTO, Nelson. Idem, p. 84, nota de rodapé nº 27.)

substancial em relação aos institutos processuais tradicionais já existentes no litígio individual como, por exemplo, o litisconsórcio.⁴⁸

Em 1853, ainda sob a vigência da *Rule 48*, em decisão proferida naquela que é considerada como sendo a primeira demanda coletiva na jurisprudência norte-americana, foi adotada uma interpretação não literal do texto escrito. O caso *Smith v. Swormstedt*⁴⁹ tratava-se de uma ação duplamente coletiva em que seis pessoas representavam aproximadamente 1500 pastores da Igreja Metodista Episcopal do Sul. Pleiteavam a recuperação de fundos confiados aos administradores localizados em Cincinnati, ao norte dos EUA, exercendo seu direito de ação em face dos cerca de 3.800 religiosos nortistas, representados por *Swormstedt*.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte norte-americana mitigou o entendimento proclamado na regra de 1842, reformando a decisão do tribunal de primeira instância. Considerou que, por razões de conveniência e para evitar a falha da justiça, dever-se-ia permitir a representação de um grupo por alguns legitimados que representavam adequadamente o grupo. Criou-se, a partir de então, um precedente pela vinculação dos efeitos da decisão a todos os representados, tal como se estivessem de fato presentes em juízo.⁵⁰

No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte norte-americana em 1898, ao julgar procedente o caso *American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*. O ponto de divergência cingia-se à possibilidade ou não da propositura de ação em face dos membros de sindicatos por meio apenas da citação de seus líderes que atuariam no processo como representantes dos grupos.

A decisão baseou-se, dentro outros argumentos pertinentes, no fato de que a coletividade era adequadamente representada por haver membros suficientes dos

⁴⁸ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 67.

⁴⁹ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 85.

⁵⁰ "Where the parties interested in the suit are numerous, their rights and liabilities are so subject to change and fluctuation by death or otherwise, that it would not be possible, without very great inconvenience, to make all of them parties, and would oftentimes prevent the prosecution of the suit to a hearing. For convenience, therefore, and to prevent a failure of justice, a court of equity permits a portion of the parties in interest to represent the entire body, and the decree binds all of them the same as if all were before the court." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 16 How. 288, 288 (1853). "De tal sorte, o princípio inerente às ações coletivas, autorizando que alguns representem uma multidão de pessoas que possuem interesses comuns, e cuja decisão produz efeitos sobre todos, foi preservada pela Suprema Corte ao interpretar a Equity Rule. 48" (RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 85.)

sindicatos para defender os interesses do grupo sem a necessidade da qualidade de uma representação oficial ou autorizada. A regulação, portanto, do controle da representação, passaria a ser feita pela corte, a partir das circunstâncias do caso *in concreto*.⁵¹

Por ocasião da reiterada mitigação sofrida em sua aplicação pelos tribunais, a *Equity Rule 48* foi revogada em 1912 pela *Equity Rule 38*, suprimindo o preceito concernente aos efeitos não vinculantes da decisão aos ausentes. Abriu-se, assim, a possibilidade da construção de precedentes acerca das regras de representação e de extensão da coisa julgada a terceiros.⁵²

Posteriormente, em 1938, foram promulgadas as *Federal Rules of Civil Procedure*, uma espécie de Código Civil norte-americano, que por meio da *Rule 23*, destinada regular as chamadas *class actions*, disciplinou a matéria de maneira mais ampla.⁵³ Permitia, tal como a *Rule 38*, que um ou mais membros da classe pudessem demandar e ser demandados, prevendo expressamente a presença do grupo tanto no pólo ativo quanto no passivo da demanda.⁵⁴

Foram concebidas então três espécies distintas de *class actions*, a *true*, a *hybrid* e a *spurious*, cada qual com um procedimento próprio de acordo com o caráter do direito a ser perseguido ou defendido pela classe.

Assim, a *true class action* seria aplicada quando houvesse um interesse conjunto, comum ou secundário, mas que o titular de um direito primário se recusaria a cumprir, outorgando então o direito para que outro o fizesse.⁵⁵ Apenas a esse tipo de

⁵¹ From the very nature of the case, there are sufficient of the members of the unions to defend this suit, and enough to answer all practical purposes of the orders and decrees that may be asked against them. (...) and the court can see that those mentioned fairly represent the whole. The fallacy of the objection made is in supposing that the required "representative" capacity resides in some official or authorized representative quality, attaching by reason of the action of the union itself in conferring it.(...) It depends on the facts in each case, and the court will regulate that matter by its decree, according to circumstances, and will insist that those brought in shall fairly represent the whole, according to the nature of the relief sought and the peculiarities of the association. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. 90 F. *598, p. 607, Circuit Court, N.D. Ohio, E.D, October, 18, 1898.)

⁵² LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 152.

⁵³ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 144. Nesse sentido, Antonio GIDI atribui não só à *Rule 23* o desenvolvimento das *class actions*, mas também ao fato de que as *Federal Rules* uniram o sistema da *equity* e da *law*, vez que até então, salvo incipientes aplicações, as *class actions* era permitidas apenas pra proteção de situações da equidade. (GIDI, A. Obra citada, p. 47).

⁵⁴ LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 390.

⁵⁵ ARENHART, S. C. Obra citada p. 144.

ação era estendida a coisa julgada a todos os membros do grupo, qualquer que fosse o resultado, daí seu nome (*true*, verdadeira).⁵⁶

A *hybrid* tratava de situações em que houvesse um compartilhamento de interesses entre os membros em relação a um bem jurídico que é objeto na ação, sem que houvesse, no entanto um direito único e comum a todos, mas uma pluralidade de direitos que incidiam sobre o mesmo objeto.⁵⁷ Neste caso, o vínculo da coisa julgada seria apenas relativo às partes no processo, “mas vincularia todos os membros do grupo no que se referisse a direitos relacionados à propriedade ou fundo envolvidos no litígio”.⁵⁸

Já no caso das *spurious*, o fundamento da ação era isolado e havia questão de direito ou fato comum, demandando, dessa forma, uma solução comum cuja coisa julgada atingisse apenas aqueles que escolhessem estar sujeitos à decisão proferida.⁵⁹

A princípio, tal divisão parecia dar conta da realidade das ações coletivas americanas. No entanto, a dificuldade em inserir os casos concretos dentro de uma das três intrincadas categorias apresentadas levou a Suprema Corte norte-americana, em 1966, a dar nova roupagem à *Rule 23*, mantendo a divisão tripartida, porém dando uma nomenclatura diferenciada, mais compreensível, flexível e prática.⁶⁰

Com a nova redação⁶¹ formulada dando ênfase na representação adequada e leal,⁶² passou-se a permitir a vinculação de todos os substituídos, independentemente do resultado, desde que fossem simultaneamente atendidos os pré-requisitos da impraticabilidade do litisconsórcio, questão comum, tipicidade e representatividade adequada⁶³. Este último, reputado como sendo o requisito mais complexo e fundamental do processo⁶⁴, é ainda objeto de debate na justiça americana, levando

⁵⁶ GIDI, A. Obra citada, p. 49.

⁵⁷ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 70.

⁵⁸ GIDI, A. Obra citada, p. 49.

⁵⁹ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 89.

⁶⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 235.

⁶¹ Rule 23: (a) One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

⁶² MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 72.

⁶³ VIANA, F. B. Obra citada p. 96.

⁶⁴ RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 96.

inclusive a recentes alterações na *Federal Rules of Civil Procedure* face à dificuldade em se determinar o que exatamente significaria a dita representação adequada, como a mediríamos e a garantiríamos.⁶⁵ Não obstante essa dificuldade ainda presente, foi a formal aceitação da representação adequada pela Suprema Corte que permitiu a existência da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico americano.

Cumprir destacar, no entanto, que as ações coletivas passivas não têm sido utilizadas com a frequência que se esperaria naquele país. Tanto pela dificuldade em serem certificadas, quanto pela improvável aceitação por parte dos representantes da incumbência da representar os membros ausentes do grupo réu,⁶⁶ como será visto adiante.

Conforme Antônio GIDI⁶⁷, as *defendant class actions* eram muito mais comuns até a entrada em vigor da *Rule 23*, possivelmente em razão desta privilegiar as ações coletivas ativas e por ter, em função do seu texto escrito, significado uma ruptura na flexibilidade natural da *common law*, associada a uma leitura pobre da lei.

1.1.3 A realidade social atual. Necessidade de controle da coletividade

A sociedade moderna, caracterizada por conflitos de interesses que atingem toda a coletividade ou grupos de indivíduos, exige não apenas o reconhecimento de novos direitos como também impõe novas formas de tutela destes por meio de técnicas para além do direito processual clássico. O professor italiano Mauro CAPPELLETTI, percebendo a nova conjuntura apresentada na contemporaneidade, em que as violações de direitos não se resumem apenas às violações de caráter individual, mas

⁶⁵ “Despite the allure of the principle, we have very little sense of what adequate representation means, how we can measure it, or how we can guarantee it. (...) The question therefore becomes how great must the conflict of interest be or how strong must the evidence of collusion be in order to deem a class’s representation inadequate”. TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*, vol 87:1137, 2009, p. 1137/1138. Disponível em <<http://www.texasrev.com/issues/vol/87/issue/6/tidmarsh>>, acesso em 15/06/2010.

⁶⁶ VIANA, F. B. Obra citada, p. 109.

⁶⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 393.

sim cada vez mais às de caráter essencialmente coletivo, define-as como sendo verdadeiras “*violações de massa*” a serem salvaguardadas pelo processo. Este, por sua vez, passa a ser visto como um instrumento de concretização das garantias asseguradas pela ordem jurídica.⁶⁸

Da verificação destas violações de massa, pode-se inferir que, em muitos casos, a coletividade se apresenta não mais apenas como a parte prejudicada na relação jurídica, mas também como aquela que está a violar um direito. Assim, em que pesem os argumentos contrários à possibilidade da implementação da ação coletiva passiva no atual estágio em que o ordenamento brasileiro se encontra (e que serão oportunamente apresentados neste trabalho), tal instrumento mostra-se como uma necessidade premente para o controle da coletividade quando esta se mostra abusiva e desproporcional.

Como forma de auxiliar a compreensão do tema, alguns exemplos são considerados úteis para ilustrar a imprescindibilidade do controle da coletividade.

Um dos casos mais explícitos e recorrentes é o das torcidas organizadas que, como é notadamente conhecido em âmbito nacional, têm sido usadas como meio para a promoção de violência grupal, ofendendo a integridade física e patrimonial da população. Em vista destas características, a propositura de ações pelo Ministério Público, objetivando sua dissolução, mostra-se um método judicialmente viável, tal como seu deu com as Torcidas Gaviões da Fiel, Mancha Verde e Tricolor Independente.⁶⁹

Além do campo das agremiações desportivas, o litígio trabalhista também tem relevante importância no tema da fixação da coletividade no pólo passivo. Nele não só se encontra um dos primeiros exemplos de ação coletiva passiva,⁷⁰ como também é o

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. In: *Revista de Processo*, nº 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130.

⁶⁹ Acerca do tema podemos encontrar a dissolução da torcida “Gaviões da Fiel” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 102.023-4/3, Terceira Câmara de Direito Privado de Férias. Relator Alfredo Migliore, Julgado em Publicado em no DJ de 01/12/2000.); da torcida “Mancha Verde” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 27.381-4/0. Décima Câmara de Direito Privado. Relator Ruy Camilo. Julgado em 13/03/1997. Publicado no DJ de 27/03/1998.) e “Torcida Tricolor Independente” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 30.133-4. Oitava Turma Cível Relator Cesar Lacerda. Julgado em 01/07/1998. Publicado no DJ de 04/08/1998.).

⁷⁰ MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo

terreno mais fértil no que toca ao assunto,⁷¹ em especial devido à Consolidação das Leis do Trabalho, que desde 1943 já previa a hipótese de litígios duplamente coletivos em seus arts. 856 e ss. e ao art. 1º da Lei Federal 8.984/95.⁷²

Nesta esfera, o remédio processual mostra-se especialmente útil no que concerne ao pedido judicial de retorno ao trabalho pelo empregador quando determinada categoria de trabalhadores se encontra em greve injusta. Como exemplo, cita-se a demanda judicial ingressada pelo Governo Federal contra a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais do Distrito Federal, pleiteando o retorno imediato às atividades.⁷³

Pode-se mencionar, igualmente, a Ação Declaratória ajuizada pela União contra a Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF e a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Seguridade Social -CNTSS, visando a declaração de ilegalidade e abusividade da greve deflagrada, bem como a determinação, em caráter liminar, da suspensão da greve ou, alternativamente, do estabelecimento de no mínimo 70% dos servidores em cada localidade para a prestação dos serviços essenciais. Em 14/05/2010, o Superior Tribunal de Justiça concedeu liminar a fim de assegurar a prestação de serviços públicos por meio do retorno dos servidores no patamar mínimo de 50% em cada localidade.⁷⁴

Para além da área trabalhista, outro exemplo refere-se à Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público na comarca da Baturité em face de alguns comerciantes locais e de “todos os proprietários de comércio no centro da cidade de Baturité”. Requereu o autor que fosse ordenado aos comerciantes, de maneira genérica, independentemente de estarem nomeados no pólo passivo da ação, que

(Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 329.

⁷¹ Acerca do tema, Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR. fazem a ressalva que para parcela da doutrina os litígios trabalhistas não compõem ações coletivas propriamente ditas. (DIDIER JR., Fredie. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Processo Coletivo Passivo*, *Revista de Processo*, 165, nov. 2008, p. 34.)

⁷² Art. 1º “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho em acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.”

⁷³ Processo registrado no TRF1 sob o nº 2004.34.00.010654-2, mencionado em DIDIER JR, F.; ZANETI JR, H. *Obra citada*, p. 34.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal Federal. PET 7.884/DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Julgado em 10/05/2010. Publicado no DJ de 18/05/2010.

retirassem seus objetos das vias e passeios públicos que estavam, até então, sendo utilizados como local para exposição de produtos.⁷⁵

A ação coletiva passiva também encontra grande respaldo em disputas possessórias, que muitas vezes envolvem centenas e até milhares de pessoas. Como será visto adiante, quando do ajuizamento de ação de reintegração de posse na hipótese de invasão de imóvel por uma conglomeração de pessoas, dispensa-se a qualificação de cada um dos réus na inicial até mesmo em virtude da precariedade da situação. Nesse sentido encontram-se precedentes no próprio Superior Tribunal de Justiça: REsp 154.906/ MG⁷⁶, RMS 27.691/RJ⁷⁷, REsp 326.165/RJ⁷⁸, REsp 28.966-6 e AgRg na MC n. 610/SP⁷⁹.

Uma série de outros exemplos de utilização de ação coletiva passiva podem ser dados no campo hipotético. Pedro da Silva DINAMARCO cita o caso da possibilidade de uma ação civil coletiva ser ajuizada por uma associação de consumidores ante uma associação de fornecedores de combustíveis,⁸⁰ questionando que uma conduta coordenada por estes estaria a prejudicar aqueles.

Antônio GIDI, por sua vez, a fim de beneficiar a comunidade (consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes, dentre outros) traz inúmeras outras possibilidades de utilização das *defendant class actions* como, por exemplo, em face de escolas, lojas, fábricas, planos de seguro-saúde, cartórios, prisões, órgãos públicos, dentre outras instituições.⁸¹

Por fim, mas longe de exaurir as hipóteses de cabimento do tema, Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR. cogitam a possibilidade da propositura de uma ação coletiva em face de uma coletividade indígena que esteja impedindo o acesso a espaço

⁷⁵ MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43. Trata-se do Processo nº 2000.01273.3752/0 da 2ª Vara Cível da Comarca de Baturité/CE.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 154.906/ MG, Relator. Ministro. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 04/05/2004, Publicado no DJ de 02/08/2004.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.691/RJ, Relator Ministro. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 05/02/2009. Publicado no DJ de 16/02/2009.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 326.165/RJ, Relator. Ministro. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 09/11/2004. Publicado no DJ de 17/12/2004.

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC n. 610/SP, Relator Ministro. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 25/08/1997. Publicado no DJ de 03/11/1997.

⁸⁰ Caso hipotético que veio a se concretizar nos Autos de Ação Civil Pública nº 1016/2004, da 2ª Vara Cível de Curitiba/PR, conforme mencionado por VIOLIN, J. Obra citada, p. 94.

⁸¹ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 392 e 401.

público. A tribo não apenas seria titular de um dever coletivo difuso de não obstar tal acesso como também seria legitimada a estar em juízo defendendo o agrupamento humano.⁸²

1.2 DEFINIÇÃO, ESPÉCIES E CLASSIFICAÇÃO

A ação é o direito que as pessoas têm de exigir do Estado um provimento jurisdicional. Quando utilizada junto à palavra “coletiva”, é empregada como contraponto em relação às ações individuais, porém, com um sentido diferenciado, “que pode ser encontrado a partir da existência de uma pluralidade de pessoas, que são titulares dos interesses de um litígio, substituídas, no processo pela parte dita ideológica”.⁸³

Há autores que conceituam a ação coletiva como sendo um tipo de ação cuja característica é a de ser “interposta por um ou vários membros de um grupo, em seu próprio nome e em nome de outros membros que estão na mesma situação”⁸⁴, quando sua reunião se mostrar pouco prática. Em que pese aduzir a validade em termos de tal conceito, Márcio Flávio Mafra LEAL⁸⁵ sustenta que este atenderia somente às ações coletivas que tenham sido propostas individualmente, deixando de lado a propositura de ações por associações, organizações não-governamentais e o Estado, que segundo ele, poderiam perfeitamente figurar como autores coletivos.

Conforme salienta Aluísio Gonçalves MENDES, não é o número de pessoas que vai outorgar o caráter coletivo à ação, mas sim a existência da legitimação extraordinária de uma coletividade. Nestes casos, o grupo será substituído na relação processual por um representante que não detém exclusivamente o bem tutelado.⁸⁶

⁸² DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 37.

⁸³ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 24.

⁸⁴ Conceito formulado por L'HEUREUX, Nicole. Acesso em juízo à justiça: juizados de pequenas causas e ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 5, jan./março 1993, p. 10 *apud* LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 42.

⁸⁵ Conceito formulado por L'HEUREUX, Nicole. Acesso em juízo à justiça: juizados de pequenas causas e ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 5, jan./março 1993, p. 10 *apud* LEAL, M. F. M. Idem, p. 42-43.

⁸⁶ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 24.

O professor carioca define as ações coletivas, por conseguinte, como o direito capaz de, por meio extraordinário, “exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito”.⁸⁷

Por meio de uma conceituação mais ampla que inclui, inclusive, a ação coletiva passiva, Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR, apresentam o processo coletivo

como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo *lato sensu*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado grupo de pessoas.⁸⁸

Conforme Pedro da Silva DINAMARCO, cabe a ressalva de que as ações coletivas passivas não devem ter seu conceito limitado apenas à tutela de interesses coletivos, tal como no conceito exposto por Aluísio G. MENDES para as ações coletivas ativas. Nesse sentido, não haverá uma restrição quanto aos interesses a serem defendidos pelo autor, os quais podem ser tanto metaindividuais (ações duplamente coletiva) quanto puramente individuais, desde que estes sejam contrários ao interesses da coletividade que figurará no pólo passivo.⁸⁹

Observa-se que a tutela dada pela ação coletiva passiva não se limita às modalidades de direitos usualmente defendidas pelas ações coletivas tradicionais, abarcando também os direitos individuais lesionados de forma coletiva, os quais seriam a “outra face dos direitos individuais homogêneos”.⁹⁰ Acerca dessa possibilidade, pode-se citar como exemplo o direito que o titular de uma patente tem de impedir a reiterada violação desta por um grupo de empresas.⁹¹

A partir deste entendimento, as ações coletivas passivas poderiam ser diferenciadas nas espécies *ordinárias* ou *duplamente coletivas* conforme a

⁸⁷ MENDES, A. G. de C. Idem, p.26.

⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2007. v.4, p. 44.

⁸⁹ DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 133.

⁹⁰ MAIA, D. C. M. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

⁹¹ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 31.

individualidade ou coletividade, respectivamente, da parte que esteja presente no pólo ativo da demanda.

Cabe adicionar que quanto à sua classificação, serão consideradas *independentes* quando originárias e *incidentes* ou *derivadas* quando oriundas de ações coletivas já existentes, tal como no caso de uma ação rescisória de ação coletiva ativa.

Conforme Fredie DIDIER JR. e Hermes ZANETI JR, em posição que não se coaduna com o presente trabalho, “haverá uma ação coletiva, portanto, em toda demanda onde estiver em jogo uma situação coletiva passiva. Seja como correlata a um direito individual, seja como correlata a um direito coletivo”.⁹² A condição que se impõe nesta concepção é tão somente que a ameaça ou lesão tenha se dado de forma coletiva e homogênea, independentemente da natureza do direito. A diferença da ação coletiva ativa para a passiva residiria no fato desta levar em consideração a “forma como os direitos são ameaçados ou lesionados”⁹³ por uma coletividade organizada e não o direito a ser defendido.⁹⁴

Com base nesta noção, e a partir do conceito criado por Aluisio MENDES, Diogo MAIA define a ação coletiva passiva como o direito a ser exercido em face de um ente coletivo, que figura no processo por meio de um representante extraordinariamente representado, nos seguintes termos:

o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida no ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independentemente de seu caráter individual ou coletivo.⁹⁵

⁹² DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Idem, ibidem.

⁹³ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 52-53.

⁹⁴ “É justamente o inverso do que se vê na prática processual coletiva. Enquanto na lesão a direitos coletivos, um ato largamente abrangente pode lesionar direitos transindividuais (e indivisíveis) ou individuais (de caráter homogêneo e origem comum), na lesão coletiva de direitos, vários atos (homogêneos), provenientes de vários agentes (coletividade) podem lesionar apenas um direito individual.” (MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 52).

⁹⁵ MAIA, D. C. M. Idem, p. 53.

Assim, ação coletiva passiva, em si, ocorre justamente quando a demanda é dirigida contra uma coletividade que irá figurar no pólo passivo da demanda.⁹⁶ Não podendo ser, sob o risco de ter desvirtuada a finalidade a que se propõe, simplesmente considerada como uma ação coletiva às avessas.⁹⁷

É certo que nem o ordenamento nem as propostas de Código Modelo se atentaram para uma definição mais acurada das situações jurídicas passivas coletivas, o que obriga a aplicação inversa dos conceitos de direitos criados para as ações coletivas ativas. Logo, *a priori*, as ações coletivas versariam acerca de “deveres e estados de sujeição indivisíveis e deveres e estados de sujeição individuais homogêneos”.⁹⁸ Cabe questionar, no entanto, se a ação coletiva passiva seria, de fato, admitida para todos os direitos coletivos *lato sensu* ou se sua aplicação deveria ser limitada a algum destes direitos como meio de se impedir um possível uso desvirtuado.

Em um pretenso viés restritivo, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América tem na redação de seu artigo destinado às ações coletivas passivas a exigência de que o bem jurídico a ser tutelado deva ser transindividual, nos termos do seu art. 1º.⁹⁹ Ora, entendendo que apenas se restringiria a uma situação jurídica supraindividual, a proposta admitiria apenas a existência de ações duplamente passivas, o que não é o caso.

Em outro viés, o art. 38 da Proposta de Código Brasileiro de Processos Coletivos concebe a propositura de ação contra um grupo desde que trate de tutela de “interesses ou direitos difusos e coletivos”. Neste caso, deixar-se-ia de lado a tutela de direitos individuais homogêneos, imprescindível para a efetivação da ação coletiva passiva.

Estes direitos, assim entendidos como aqueles de origem comum compõem, se não a ampla maioria das situações jurídicas passivas, ao menos aquelas que são mais

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 30.

⁹⁷ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, p. 392.

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed., v. 4. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 412.

⁹⁹ Art. 35. Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º) e se revista de interesse social.

facilmente sujeitas a serem levadas a litígio, pois dotadas de uma maior possibilidade prática de identificação dos interessados que figurarão como réus.

Com efeito, a destinação reservada aos interesses individuais homogêneos em ações coletivas passivas revela-se uma proposta legítima. Uma vez ausente previsão legislativa explícita acerca do tema da ação coletiva passiva, a restrição do objeto desta ação a direitos cujos titulares são identificáveis seria, de fato, um meio de se evitar que sujeitos indeterminados viessem a ser vinculados aos efeitos da coisa julgada.

Ademais disso, caberia uma simples indagação: quem representaria os direitos difusos em juízo? Conforme será mais aprofundado no item 2.4.1, o Ministério Público não é um legitimado passivo ordinário, podendo, apenas em situações específicas ser demandado enquanto representante de uma coletividade. Não haveria, portanto, pelo menos com base nas normas processuais em vigor, a autorização para que direitos difusos pudessem ser defendidos no pólo passivo.

Em artigo acerca dos limites propostos para o Código de Processos Coletivos, José Marcelo Menezes VIGLIAR apresenta a tese de que apenas os interesses coletivos em sentido estrito (os quais concebe como similares aos individuais homogêneos)¹⁰⁰ e os individuais homogêneos seriam aptos a integrar o objeto das ações coletivas passivas. Segundo o autor, em havendo a representação adequada dos interesses levados a litígio, a condenação terá eficácia para todos os integrantes representados. E para que seja efetiva, deve ser possível a apuração da quota parte de cada um dos representados, o que só seria possível por meio de direitos individuais homogêneos.

Há, indiscutivelmente, a necessidade de imaginar que determinado grupo de pessoas, que determinada categoria de pessoas, que determinada classe de pessoas, unidas ou não por relações jurídicas comuns (...) deva se sujeitar ao julgado obtido em demanda coletiva, cuja defesa foi realizada por um representante adequado dessa coletividade. Mais que isso: há que imaginar que possam sofrer a 'condenação coletiva', ainda que o *quantum* reservado a

¹⁰⁰ "O argumento central se encontra atrelado ao próprio princípio da 'inafastabilidade do controle jurisdicional. Imaginar que membro do grupo, categoria ou classe deva aguardar somente a defesa coletiva porque indivisível interesse (...) significa afastar o seu interesse (identificável) do Judiciário." (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o "Código de Processos Coletivos". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 320)

cada uma venha a ser apurado em outra sede. A condenação terá eficácia para todos os integrantes da coletividade representada: eis o resumo. Para que isso ocorra, indiscutivelmente há que imaginar a possibilidade de conhecimento do 'quinhão' de cada representado. Para que isso se viabilize, não se pode imaginar a existência de interesses indivisíveis (como os difusos- "essencialmente coletivos", como ensinou o professor Barbosa Moreira)".¹⁰¹

1.3 O PAPEL DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

É sabido que a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, inc. XXXV, a inafastabilidade do controle jurisdicional. Contudo, para que se dê o pleno funcionamento de um Estado Democrático de Direito, a possibilidade da solução de conflitos por meio do devido processo legal deve ser efetiva e não meramente formal.¹⁰² Para que seja concretizado uso democrático do direito, o exame das inovações jurídicas deve estar intrinsecamente associado à realidade social a qual pertençam, bem como aos fatos e valores que as ensejaram.¹⁰³

A herança individualista, como pontua BARBOSA MOREIRA¹⁰⁴, reservou, por um longo período, lugar exclusivo nas atenções dispensadas pela tutela jurisdicional. Fato este, facilmente perceptível nos esquemas processuais clássicos que acabavam por repercutir nos grandes monumentos legislativos e na doutrina tradicional, ambos fundados nas relações jurídicas interindividuais.

¹⁰¹ VIGLIAR, J. M. M. Idem, ibidem.

¹⁰² MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 29.

¹⁰³ GAVROSKI, Alexandre Amaral. Das Origens ao Futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: Milaré, Edis (coord.). *Ação Civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 18. Nesse sentido Luiz Guilherme MARINONI defende que "Na verdade, a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido. Como diz Cappelletti, a realidade da vida nos impõe, cotidianamente, uma multiplicidade de compromissos, pondo em evidência a existência de conflitos de valores; ao invés de repudiarmos certos princípios essenciais à dignidade humana, devemos isto sim, orientar nossas ações para uma ponderação responsável de *balancing* de tais valores, conferindo a cada qual a relevância que merecem, sem nos basearmos em critérios rígidos e aprioristicamente estabelecidos, mas levando em conta valorações que importem em um compromisso com a nossa própria responsabilidade." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2000, p.18.)

¹⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (coord.). *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo: Max Limonad, [s.d], p. 98.

Continua o autor, baseado nos estudos de Mauro CAPPELLETTI, que cada vez mais se verifica uma gama de novos fenômenos incapazes de serem albergados, satisfatoriamente, pelas categorias processuais clássicas.

Nota-se, portanto, que simultaneamente à multiplicação das lesões sofridas pelas pessoas, decorrentes de relações jurídicas de massa e circunstâncias de fato comuns, com evidente cunho econômico, existem outros interesses, de essencial importância para a sociedade como um todo, mas destituídos de repercussão pecuniária.¹⁰⁵

O Direito Processual, assim, deve ser remodelado para que esteja apto a enfrentar uma série de novas e difíceis situações trazidas pela sociedade moderna que, levada pelo fenômeno da globalização e da massificação das relações humanas, conduz invariavelmente ao surgimento de problemas até então ignorados pelas demandas individuais.¹⁰⁶

Acerca desta problematização, Luiz Guilherme MARINONI¹⁰⁷ ensina que, partindo de um viés solidarista, ante os obstáculos infligidos pelo processo clássico para a efetivação do acesso à justiça, aponta-se para uma profunda alteração dos institutos processuais mediante a reformulação das categorias processuais clássicas de modo a adaptá-las aos novos antagonismos emergentes.

Em decorrência da tentativa de superação das categorias processuais pré-capitalistas, a técnica jurisdicional para a tutela coletiva dos direitos tem um foco diferenciado. Através da criação de mecanismos adequados à proteção dos novos interesses e situações apresentadas, tem por objetivos, aplicáveis tanto à classe de autores quanto de réus, a promoção do acesso à justiça, da economia processual, do equilíbrio entre as partes e a prevenção do proferimento de decisões contraditórias.¹⁰⁸

Mister salientar que, por tratar-se de um instrumento funcional e operacional, a ação coletiva passiva permite a criação de uma série de vantagens que não se

¹⁰⁵ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 143 e GIDI, A. Obra citada, p.138.

¹⁰⁶ MARINONI, L. G. Obra citada, p. 86-87.

¹⁰⁷ MARINONI, L. G. Idem, p. 69.

¹⁰⁸ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 27/38. Fredie DIDIER JR e Hermes ZANETI JR apontam duas justificativas da ação coletiva, uma de ordem sociológica que se revela no princípio do acesso à justiça e outra de política judiciária, que se revela no princípio da economia processual (DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 34). Antonio GIDI, elenca como os principais objetivos das class actions, não apenas a economia processual e acesso à justiça, mas também a efetivação do direito material (GIDI, A. Obra citada, p.25).

restringem apenas aos demandantes, favorecendo, indistintamente, ambos os pólos.¹⁰⁹ Como será visto, as ações coletivas passivas tanto podem servir aos interesses da classe de autores quanto de réus.

1.3.1 Acesso à Justiça

Conforme já ressaltado, a própria noção de direitos coletivos foi concebida no intuito de salvaguardar direitos até então carentes de defesa específica, de forma a assegurar o acesso à Justiça, em especial em um Estado que se diga Democrático de Direito.¹¹⁰ Nos dizeres de Mauro CAPPELLETTI, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.¹¹¹

Com o propósito de assegurar tão aclamado objetivo, os juristas Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH definem, então, três posições básicas que caracterizam o movimento, cunhando o famigerado termo “*ondas de acesso à justiça*”, dividem-nas em uma espécie de sequência cronológica e evolutiva. Segundo exposto na obra “Acesso à Justiça”¹¹², a primeira onda consistiu em proporcionar serviços jurídicos para os pobres e a segunda, em possibilitar a representação de interesses difusos. A terceira, por sua vez, pautou-se em dar um enfoque amplo ao termo acesso à justiça, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições, mecanismo, pessoas e procedimentos utilizados para a tutela jurisdicional, em suma, uma alteração da estrutura judiciária.

¹⁰⁹ “As we have continuously sustained, the defendant class actions may serve either the interests of a class of plaintiffs or a class of defendants”. RODRIGUES NETTO, Nelson. The Optimal Law Enforcement with Mandatory Defendant Class Action>, p. 56. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=nelson_rodrigues_netto>. Acesso em 15 de maio de 2010.

¹¹⁰ GAVRONSKI, A. A. Obra citada, p. 22.

¹¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.

¹¹² CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Idem, p. 31.

No entanto, apesar do fato da segunda onda buscar a superação das noções tradicionais básicas do processo, ensejando uma profunda alteração do direito processual coletivo, a ação coletiva passiva não se desenvolveu com o mesmo vigor, sendo marcada pela inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade organizada. Nas palavras de Diogo MAIA:

A visão da coletividade como vítima arrefeceu qualquer tentativa de desenvolver a ação contra a classe, de forma que o estudo do processo sob o vértice da lesão ou ameaça a interesses e direitos das coletividades levou ao natural posicionamento no pólo ativo da demanda.¹¹³

Ainda assim, a ação coletiva passiva constitui um instituto essencial ao ordenamento jurídico ao ampliar a tutela dos conflitos de massa, possibilitando a judicialização de antagonismos envolvendo o grupo no pólo ativo.¹¹⁴ A superação da perspectiva da coletividade no papel de vítima para o de algoz se impõe como condição *sine qua non* para a viabilização do acesso à justiça em casos que não seriam albergados pelo Poder Judiciário senão por meio da admissão da coletividade como ré.

Toda e qualquer violação ou abuso de direito devem ser tutelados, e a utilidade de seu provimento se dará, indistintamente, tanto em prol de potenciais autores como de réus. Pelo viés econômico, por exemplo, a ação coletiva passiva permite a superação de obstáculos financeiros que impediriam a busca da efetivação de direitos garantidos pelo ordenamento, sendo funcionalmente indiferente se o processo judicial trata de uma classe de autores, de réus, ou mesmo ambos.¹¹⁵

Takeshi KOJIMA¹¹⁶, por sua vez, afasta de plano a idéia muitas vezes recorrente de que o objetivo da *class action* seria o de proteger a parte mais fraca, afirmando que tal concepção se basearia tão somente em argumentação emocional. Segundo ele, a ação coletiva se limitaria a ser um instrumento para resolução de

¹¹³ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 29.

¹¹⁴ VIOLIN, J. Obra citada, p. 112.

¹¹⁵ RODRIGUES NETTO, Nelson. Obra citada.

¹¹⁶ TAKESHI, Kojima. Protection of diffuse, fragments and collective interests in civil litigation. In: _____ (ed.). *Perspectives on civil justice and ADR: Japan and the U.S.A*, 1990, p. 17. *apud* GIDI, A. Obra citada, p. 32.

conflitos, cujo objetivo seria o de “amoldar o processo de forma a refletir melhor a realidade da controvérsia em questão”.¹¹⁷

Não se trata de uma súbita alteração dos objetivos há décadas delineados para ações coletivas. O escopo deste tipo de ação, tanto em sua modalidade ativa quanto passiva não se restringe a defender a coletividade em si, mas sim tutelar os bens jurídicos da coletividade

Com efeito, é imperativo conceder controle jurisdicional às situações nas quais os inúmeros indivíduos componentes de uma dada coletividade ajam como grupo, enquanto coletividade, provocando o desvirtuamento de um direito ou interesse coletivo. Para combater tais atos é necessário o tratamento processual da conduta desses indivíduos como agrupamento, o que significa atribuir-lhes legitimidade passiva para a ação coletiva.¹¹⁸

Outorgado o direito de defesa de interesses coletivos *lato sensu* à coletividade, este deverá ser exercido nos exatos termos de sua outorga, de modo que um possível uso desvirtuado de tal prerrogativa ensejará controle judicial.¹¹⁹ Como forma de concretização do acesso à justiça, uma vez havendo a lesão ou ameaça pela coletividade, a admissão do grupo como réu não deverá ser limitada, mas sim, ser a mais ampla possível.

1.3.2 Economia Processual

Segundo Antonio GIDI, a economia processual, juntamente com a eficiência, é o objetivo mais imediato das ações coletivas. Possibilita “que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva”.¹²⁰ A economia promovida não seria apenas de tempo e

¹¹⁷ GIDI, A. Idem, p. 32.

¹¹⁸ ZUFELATO, Camilo. Ação Coletiva Passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: Maria Clara Gozzoli, et. al (coord). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

¹¹⁹ ZUFELATO, C. Idem, p. 93.

¹²⁰ GIDI, A. Obra citada, p 25-26.

dinheiro para as partes, mas também para todo o aparato Judiciário que se beneficiaria do desembaraço de ter que julgar uma grande quantidade de processos repetitivos.

Em que pese o autor fundamentar este raciocínio principalmente nas ações coletivas ativas,¹²¹ pode-se aplicar os mesmos argumentos às ações coletivas passivas. Tanto o grupo-autor como o grupo-réu beneficiam-se da redução a uma só despesa do custo absoluto de se litigar coletivamente a controvérsia,¹²² ao que se soma o fato de que o valor total seria proporcionalmente dividido entre os membros.

Sem distinção, a referência feita por GIDI quanto à possibilidade do réu, em uma ação coletiva ativa, também ter interesse em uma solução única, uniforme e sem gastos demasiados¹²³ permite a realização de um paralelo com as ações coletivas passivas. Isso porque o autor (indivíduo ou o grupo-autor) que litiga em face de um grupo, sempre procura a situação mais econômica e menos desgastante de solução do conflito mediante o ajuizamento de uma única ação.

Por meio do julgamento a um só tempo de litígios idênticos, evita-se não somente a multiplicação desnecessária de processos como também a existência de decisões conflitantes. Tal vantagem mostra-se ainda mais valiosa diante de um sistema de *civil law* como o brasileiro, em que inexiste a vinculação a precedentes, o que aumenta ainda mais as chances da existência de sentenças diametralmente opostas.¹²⁴ A fim de afastar a sombra da insegurança jurídica que paira sobre nosso judiciário, as ações coletivas podem, consoante afirma Aluísio Gonçalves de Castro MENDES, cumprir um importante papel ao eliminar ou reduzir a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.¹²⁵

Dirigindo-se especificamente às ações coletivas passivas, Antônio GIDI pugna pela vantagem de sua aplicação nos casos em que há reiterada prática de condutas indevidas, vez que por meio de uma só ação coletiva, seria possível infligir a todos uma decisão por meio de um único processo:

¹²¹ GIDI, A. Idem, p. 26.

¹²² GIDI, A. Idem, p. 391.

¹²³ GIDI, A. Idem, p. 26.

¹²⁴ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 37.

¹²⁵ MENDES, A. G. de C. Idem, p. 37.

A vantagem de uma *defendant class action* é manifesta nos casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantemente situados, como, por exemplo, várias escolas, penitenciárias, lojas, municípios, cartórios, planos de saúde, franqueados, infratores de uma patente, etc. Com uma única ação coletiva é possível obrigá-los todos a cumprir a lei através de um único processo e uma única decisão, que terá força de coisa julgada em face de todos os membros do grupo.¹²⁶

Ora, sabendo que “o processo será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente alcançar seu objetivo, mediante a menor utilização de esforços e de dinheiro¹²⁷, a ação coletiva passiva, ao ampliar o número de jurisdicionados em um único processo, transforma-se em uma ferramenta não apenas hábil, mas também útil e necessária.

1.3.3 Direito à tutela jurisdicional efetiva

Atualmente, no Brasil, um dos principais argumentos utilizados pela doutrina contrária à possibilidade do ajuizamento da ação coletiva passiva é o de que não haveria qualquer previsão expressa sobre o tema. Tal posicionamento, no entanto, significa negar o direito fundamental de ação daquele que tem seu direito ofendido por uma coletividade. Admitir que o autor pudesse apenas se defender em juízo, mas não demandar em face de um grupo, revela uma terrível incongruência no sistema jurídico.¹²⁸

Conforme DIDIER JR. e ZANETI JR., a premissa de que não haveria texto legal expresso que disciplinasse a matéria da ação coletiva passiva por si só já seria equivocada, ao que os autores somam o fato de que, mesmo ausente legislação específica regulatória do tema, a legitimação extraordinária poderia ser depreendida do próprio sistema jurídico.¹²⁹

Ao se analisar a possibilidade de a coletividade se fazer presente no pólo ativo da demanda por meio de um representante adequado, estar-se-ia preservando e garantindo o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Este, com efeito, não se

¹²⁶ GIDI, A. Obra citada, p. 391.

¹²⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 44.

¹²⁸ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 42.

¹²⁹ DIDIER JR, F.; ZANETI JR. H. Idem, p. 42-43.

resume apenas às garantias do mero ingresso em juízo ou do julgamento das pretensões, traduzindo-se na “própria tutela jurisdicional a quem tiver razão”.¹³⁰

Tal garantia é pautada pela máxima de CHIOVENDA segundo a qual “na medida em que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de receber”.¹³¹ Visa, por conseguinte, assegurar que “as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo”.¹³²

O Estado, único legitimado ao exercício da jurisdição, ao conceber direitos, assume a responsabilidade de garanti-los por mecanismos de tutela adequados.¹³³ Em síntese, não se pode simplesmente enunciar direitos destituídos de meios aptos a resguardá-los.

No caso específico da ação coletiva passiva, a falta de normatização não pode vir a inviabilizar que o sujeito venha a obter aquilo que tenha direito de receber. Nesse sentido, vários autores renomados da doutrina pátria como Ada Pellegrini GRINOVER¹³⁴, Rodolfo de Camargo MANCUSO¹³⁵, Pedro LENZA¹³⁶ e Camilo ZUFELATO¹³⁷ já se posicionaram, com fundamentos diversos, favoráveis à possibilidade da outorga de legitimação para que o grupo ocupe o pólo passivo de uma demanda.

No próximo capítulo, concernente aos aspectos processuais da legitimação nas ações coletivas passivas, serão exploradas algumas destas teses com a pretensão de suprir, se não todas, ao menos algumas das lacunas inerentes ao tema, de modo que o Judiciário não se omita em analisar ameaça ou lesão a direitos por classes.

¹³⁰ “A garantia da ação como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. rev. e aum., vol. I, São Paulo: Malheiros, p. 198-199)

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*. In: *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110 *apud* DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 41.

¹³² DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 199.

¹³³ ARENHART, S. C. Obra citada, p. 31.

¹³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimidade e coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai/jun. 2002, p.7

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 153-155.

¹³⁶ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003, p.203.

¹³⁷ ZUFELATO, C. Obra citada, p. 89-142.

2 ASPECTOS PROCESSUAIS DA LEGITIMAÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

2.1 LEGITIMAÇÃO PARA A REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS¹³⁸

Conforme o art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal é garantido a todos o direito de provocar a atividade jurisdicional desde que haja “um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*”.¹³⁹

Elencada como uma das condições da ação de Liebman, a legitimidade *ad causam* ou capacidade para conduzir o processo, faz-se presente quando os sujeitos da demanda têm, para com a questão deduzida em juízo, uma “pertinência subjetiva da ação” ou seja, quando há coincidência entre a posição processual e a situação legitimante, referindo-se a ambas as partes do processo.¹⁴⁰

No caso específico do processo liberal-individualista, cujo foco é a composição de conflitos inter-subjetivos, tradicionalmente, atribui-se ao titular do direito substancial o direito de ação.¹⁴¹ Assim, a regra clássica da legitimação expressa, nos termos do art. 6º do CPC, revela-se quando o autor da ação é o próprio titular do direito afirmado, existindo o que se denomina de *legitimação ordinária*, segundo a qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Na síntese de Liebman, a legitimidade para agir (ordinária) é

¹³⁸ “Legitimação é a atribuição deste poder jurídico de conduzir determinado processo. Legitimidade é a situação jurídica do sujeito diante de determinado processo” (DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 231.)

¹³⁹ DIDIER JR. F. Idem, p. 228.

¹⁴⁰ DIDIER JR. F. Idem, p. 228-229. “Efetivamente, a legitimação *ad causam* caracteriza-se por essa *relação de pertinência* ou por essa *coincidência* na equação em que um dos termos é formado pelo binômio ‘titular da pretensão/pessoa favorecida pela norma= Autor’; e o outro termo é composto pelo binômio ‘titular da resistência/pessoa em situação de sujeição, pela norma=Réu’. (MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 174.)

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2007. v.4, p. 190.

A pertinência subjetiva da ação, isto é, a identidade entre quem a propõe e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo¹⁴²

De outro lado, a legitimação será *extraordinária* quando não houver coincidência entre aquele que figura no processo e aquele que é (ou que afirma ser) o detentor do direito.¹⁴³

Por sua vez, a transposição de tais institutos provenientes da tutela individual para a coletiva, em especial para a coletiva passiva, representa uma polêmica no ramo do processo civil. Isso porque a superação da noção de “legitimação tradicional passa a depender da escolha de alguém que, não obstante não possa arrogar-se titular exclusivo do direito material reivindicado, apresente condições idôneas para a propositura de demandas coletivas (...).”¹⁴⁴

Justamente, em âmbito coletivo, a maior dificuldade que se impõe não se limita apenas à previsão de instrumentos aptos a permitir uma resposta rápida e eficiente à eventual violação de direitos coletivamente considerados. “Compreende, talvez acima de tudo, à questão da titularidade ativa dessa defesa, ou seja, da legitimação para agir”.¹⁴⁵

Uma vez reconhecida, expressa ou tacitamente, no plano do direito material, a efetiva proteção jurídica aos interesses superindividuais, e admitida a possibilidade de fazê-lo valer autoritativamente, via Poder Judiciário, resta ainda solucionar uma questão fundamental: a quem deve o direito reconhecer qualidade para propor ação judicial direcionada a tal tutela?¹⁴⁶

Em análise do tema, Antonio GIDI¹⁴⁷ identifica a existência de três correntes principais, que não necessariamente se excluem, acerca da natureza da legitimidade para agir em ações coletivas. São elas: extraordinária por substituição, ordinária das formações sociais e extraordinária autônoma. Salienta-se, no entanto, que esta problemática já teve uma maior relevância no momento anterior à edição da Lei de

¹⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1 *apud* DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 196.

¹⁴³ ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 83.

¹⁴⁴ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 165.

¹⁴⁵ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

¹⁴⁶ GIDI, A. Idem, p. 34.

¹⁴⁷ GIDI, A. Idem, p. 40-41.

Ação Civil Pública, que estatuiu a legitimação a entes que não os titulares do direito afirmado.¹⁴⁸

A primeira tese, preconizada por Barbosa MOREIRA, tem por base a doutrina de Arruda ALVIM, segundo a qual se poderia admitir a substituição processual mesmo que ausente qualquer autorização legal e independentemente de alteração legislativa, desde que se consiga identificá-la no ordenamento jurídico. Seria, portanto, depreendida do próprio sistema como forma proporcionar um maior acesso à justiça às novas demandas coletivas que floresciam a época.¹⁴⁹

Kazuo WATANABE, ao seu turno, propõe uma leitura ampla do art. 6º do CPC de modo que se configure uma verdadeira legitimação ordinária. Com base nessa concepção, determinada associação, ao ingressar em juízo, estaria agindo tal como se seus próprios associados estivessem agindo. Sendo seus objetivos os mesmos de seus associados, não se configuraria legitimidade extraordinária, mas sim a defesa em juízo de interesse próprio.¹⁵⁰

A terceira tese enumerada por GIDI (e também por ele defendida) é encabeçada por Nelson NERY JÚNIOR e pode ser considerada como um ramo da legitimação extraordinária. Com fundamento na teoria alemã do “direito de condução do processo”, baseia-se no afastamento entre o direito material e o processual como forma de superação da distinção entre legitimação extraordinária e ordinária, que seria, segundo ele, inaplicável no âmbito coletivo. Face à distinção feita pela doutrina na Alemanha entre a legitimidade, que seria questão de mérito, do direito de conduzir o processo, que seria um requisito processual, defende NÉRY JÚNIOR que haja uma *legitimação autônoma para a condução do processo*.¹⁵¹

Haverá, neste caso, a condução do processo por terceiro que sequer tem relação com o direito material em discussão,¹⁵² pois, como observado por Rodolfo de Camargo MANCUSO,

¹⁴⁸ LENZA, P. Obra citada, p. 180. (LACP, art. 5º e CDC, art. 82)

¹⁴⁹ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 190.

¹⁵⁰ VENTURI, E. Obra citada, p. 174-176.

¹⁵¹ GIDI. A. Obra citada, p. 41.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2007. v.4, p. 192. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Obra citada, p. 192).

o critério de que o direito se utiliza para atribuir legitimidade para a propositura de ações coletivas, ao contrário do que acontece com as ações individuais, não está baseado na titularidade do direito material invocado, mas na possibilidade de o autor coletivo se tornar o adequado portador dos interesses da comunidade. Vale dizer, deve-se aferir a sua aptidão, a sua idoneidade social para ser considerado como o representante adequado para a defesa judicial dos interesses superindividuais.¹⁵³

Como se vê, a doutrina não é pacífica a respeito da natureza da legitimidade ativa em ações coletivas. O que não impede de se afirmar que a grande maioria dos autores posiciona-se no sentido de admitir a que há, neste caso, legitimação extraordinária, havendo a substituição processual da coletividade.”¹⁵⁴ Conforme Pedro DINAMARCO,

parece mais adequado dizer que se trata de legitimidade extraordinária ou substituição processual. Afinal, ninguém nega que o interesse em jogo não seja do próprio autor da demanda coletiva. O interesse poderá pertencer a pessoas determinadas ou indetermináveis, mas sempre pertencerá a terceiros que não fazem parte da relação processual. E é isso que importa para caracterizar a legitimidade como extraordinária, pois alguém será substituto processual sempre que a lei autorizar essa pessoa a ajuizar uma demanda em nome próprio para defender direito alheio, conforme previsão genérica do art. 6º do Código de Processo Civil.¹⁵⁵

Além disso, cumpre frisar que, apesar do estudo da legitimação ser condição que se impõe a qualquer um que procure trabalhar com ações coletivas, a inquietação de nossos doutrinadores acerca do tema, como salientado por Pedro LENZA, não deve se limitar à sua natureza jurídica. Quaisquer que sejam os títulos outorgados à legitimação, sempre haverá, em sede de tutela coletiva, a defesa em nome próprio de um direito alheio da coletividade.

Caberá, contudo, a aferição quanto à existência de uma adequada representação dos interesses postos em jogo, pois será ela quem assegurará a efetividade do processo¹⁵⁶, sendo ponto nevrálgico a ser observado. Conforme a valiosa lição de Barbosa MOREIRA, “não é tão relevante saber *a que título* se dá a

¹⁵³ GIDI, A. Obra citada, p. 41-42.

¹⁵⁴ LENZA, P. Obra citada, p. 186.

¹⁵⁵ DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 204.

¹⁵⁶ LENZA, P. Obra citada, p. 181-191.

proteção jurisdicional aos direitos superindividuais, se efetivamente se dá tal proteção”.¹⁵⁷

Em tal circunstância, é claro que o critério para a *legitimatio ad causam* não pode ser o mesmo empregado nos conflitos individuais (*uti singuli*), do tipo “Tício *versus* Caio”. Em segundo lugar, e corolariamente, as garantias individuais do *due process of law* (especialmente referentes à defesa, contraditório e limites subjetivos do julgamento) não que ser vistas sob a óptica de garantias de índole coletiva, consentâneas com a natureza e finalidade dessa novas exigências sociais. Daí porque, nessas ações, o conceito da “representação adequada” veio substituir o critério da legitimação fundada na coincidência entre titularidade do Direito subjetivo material e autor da ação.¹⁵⁸

2.2 LEGITIMAÇÃO PARA A REPRESENTAÇÃO EM AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Feita esta breve explanação acerca das ações coletivas em geral, volta-se ao estudo da possibilidade da admissão nas ações coletivas passivas da legitimidade passiva do representante adequado em decorrência da ausência de regramento explícito sobre o tema.

Tal como aduzido na primeira parte deste trabalho, não há previsão explícita acerca da possibilidade ou impossibilidade da inclusão da coletividade no pólo passivo de uma ação judicial. Por conseguinte, não foi possível outorgar pleno desenvolvimento às ações coletivas passivas tal como ocorreu com as ações coletivas ativas no século XX.

A razão para tal óbice no desenvolvimento da ação coletiva passiva se deu principalmente em função do legislador brasileiro reputar a coletividade como eterna vítima e, em função desta característica, impossibilitada de ser negativamente vinculada às eventuais decisões proferidas. Como será apresentado *supra*, soma-se à esta conjuntura o fato de que foi adotado em nosso ordenamento um sistema de

¹⁵⁷ GIDI. A. Obra citada, p. 39.

¹⁵⁸ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 211-212.

legitimidade extraordinária *ope legis*, o que reduz em muito o número de sujeitos passíveis de figurarem como representantes de um grupo ou classe.¹⁵⁹

Ao contrário da *class action* norte-americana, que evoluiu concomitantemente junto à sociedade de seu país, formando-se aos poucos a partir dos anseios e peculiaridades de cada época, no ordenamento brasileiro a introdução dos direitos metaindividuais ocorreu subitamente. Quando da publicação da Lei de Ação Civil Pública, em 1985, não havia no Brasil intensos debates acerca do tema, o que ajuda a explicar “a prática forense brasileira, por vezes reacionária e insensível à novidade representada pela conceituação e regulação da defesa dos *novos direitos*”.¹⁶⁰

Como forma de superação deste contexto, a falta de regulamentação da ação coletiva passiva no Brasil, que por muito tempo impossibilitou que qualquer grupo representasse em juízo os interesses de seus membros, tem sido hodiernamente mitigada por uma série de renomados processualistas.

Vindo de encontro com as teorias mais conservadoras, DIDIER JR. e ZANETI JR., defendem que a permissão para a propositura da ação coletiva passiva poderia ser retirada do próprio sistema jurídico já existente e decorreria do princípio constitucional do acesso à Justiça.¹⁶¹

Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação aquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos *de massa* e *entre massas*.¹⁶²

O núcleo central de tal argumentação residiria na palavra “defesa” que se encontra no art. 83 do CDC: “para a *defesa* dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Como meio de se ultrapassar uma visão restritiva da

¹⁵⁹ DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 269.

¹⁶⁰ VENTURI, E. Obra citada, p. 18.

¹⁶¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR. Hermes. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 42-43.

¹⁶² DIDIER JR, F.; ZANETI JR. H. Idem, p. 42.

legislação consumerista, a interpretação a ser dada ao dispositivo não deveria limitar-se apenas à “defesa no pólo ativo”, devendo também incluir a “defesa no pólo passivo”.

Complementam, ainda, os autores, que não seria correto se falar em ausência de normas expressas acerca do tema da ação coletiva passiva no Brasil. Justificam tal assertiva com base na legislação trabalhista (art. 1º da Lei 8.984/95),¹⁶³ na qual há muito já foi consolidada a prerrogativa dos sindicatos defenderem em juízo os interesses de suas respectivas categorias.

Nesse sentido cita-se a decisão proferida nos Autos de Apelação Cível nº 1997.32.00.004637-2/AM do TRF1.¹⁶⁴ Em sede recursal, o Sindicato dos Trabalhadores na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Similares do Amazonas e de Roraima suscitou sua ilegitimidade passiva para figurar como ré na demanda. A preliminar foi rejeitada em razão de ter sido constatado que o sindicato atuou não só como representante da categoria, mas também como coordenador do movimento grevista.

Há, inclusive, a Súmula 406, item II, do TST acerca da possibilidade da propositura de ação rescisória em face de sindicatos autores da reclamação trabalhista:

Súmula 406 II- O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindente, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário.

Corroborando a tese de que a ausência de um texto legal expresso corresponderia a um falso problema, Jordão VIOLIN, traz a previsão da Circular nº 2766 do BACEN, que cuida da constituição e funcionamento dos grupos de consórcio. Consoante o art. 4º da normativa, em demandas que versem acerca da defesa de interesses coletivamente considerados e também para a execução de contratos de consórcio, o grupo poderia ser representado pela administradora tanto no pólo ativo quanto no passivo, sem distinção.¹⁶⁵

Na tentativa de implementar a ação coletiva passiva no Brasil, tema que vem sendo recorrente nas publicações doutrinárias nos últimos anos, Diogo MAIA propõe

¹⁶³ DIDIER JR, F.; ZANETI JR. H. Idem, p. 43.

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 1997.32.00.004637-2/AM, Relator. Desembargadora Selene Maria De Almeida. Quinta Turma, e-DJF1 p.298 de 16/10/2009.

¹⁶⁵ VIOLIN, J. Obra citada, p. 101.

uma interpretação abrangente do art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro,¹⁶⁶ colocando outros sujeitos, que não os titulares do direito material ou da obrigação correlata, para figurar na defesa de interesses alheios.

Argumenta, inicialmente, que o mencionado art. 6º do CPC, ao utilizar-se do termo “pleitear”, estaria não apenas referindo-se à legitimidade *ad causam* do pólo ativo, mas também do passivo, vez que, em cotejo com o art. 3º do CPC, seria da mesma forma obrigatória a existência da legitimidade para se contestar a ação.¹⁶⁷ Na verdade, é sabido que a situação legitimante deve ser apreciada tanto em relação ao autor quanto ao réu, não importando quem esteja invocando a tutela jurisdicional e quem esteja por ela sendo acionado.

Partindo então de uma leitura constitucional do vocábulo “lei”, ao qual outorga o sentido amplo de “sistema legal”, o autor apresenta dois argumentos principais para que se possa estabelecer, de plano, a legitimidade extraordinária passiva.

O primeiro, adotando a lição clássica de Arruda ALVIM¹⁶⁸, diz respeito à possibilidade de haver substituição processual desde que se deflúa do próprio sistema e não haja previsão vedando-a. Reforçando tal tese, exemplifica que o próprio anteprojeto originário do CPC que previa a palavra “expressamente” na redação do seu art. 6º, ao ser convertido em lei, teve o termo devidamente suprimido por ser considerado de extremo rigorismo.¹⁶⁹

O segundo argumento trazido pelo autor é oriundo de uma análise conjunta com a Constituição Federal de 1988. Aduz o processualista, em resumo que, ao se limitar a hipótese de substituição processual à disposição expressa em lei, estar-se-ia violando o princípio da *inafastabilidade do controle judicial* (art. 5º, XXXV, CF/88). Ora, entendendo que os princípios não podem ser excluídos do ordenamento jurídico, não

¹⁶⁶ Art. 6º “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado em lei”.

¹⁶⁷ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 69.

¹⁶⁸ “A substituição será sempre excepcional, só nos casos em que a lei expressamente a admita. (...) Entretanto, pode-se admitir a substituição mesmo que não venha prevista expressamente no texto legal, mas quando deflúa do sistema (...) a palavra *lei*, no art. 6º deve ser entendida como *sistema*, no que compreende decreto, lei complementar, etc.” (ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 1975, p. 426.)

¹⁶⁹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 70-71.

seria admissível uma interpretação restritiva do art. 6º do CPC, a qual limitaria de maneira intransigente a substituição processual ao expressamente previsto em lei.¹⁷⁰

Outrossim, Ada Pellegrini GRINOVER manifesta-se favoravelmente à possibilidade da coletividade ser substituída no pólo passivo, ainda que sob outros argumentos.¹⁷¹ Conforme lhe parece, a legitimidade estaria na previsão contida no art. 5º, §2º, da Lei 7.347/85.¹⁷² Havendo a possibilidade de o sujeito habilitar-se como litisconsorte de qualquer uma das partes (autor ou réu), admitir-se-ia que os co-legitimados também viessem a responder essa demanda.

Nos mesmos moldes de DIDIER JR. e ZANETI JR., GRINOVER concebe que a possibilidade da classe figurar com ré emanaria do próprio ordenamento existente em consequência do previsto no art. 83 do CDC, segundo o qual são admissíveis todas as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos direitos do consumidor.¹⁷³

Ademais disso, a professora assevera que o art. 107 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁴, o qual prevê a denominada *convenção coletiva de consumo*, somente poderia ser efetivado se, em caso de descumprimento desta, pudessem os representante das categorias ser colocados face a face, ocupando tanto o pólo ativo quanto passivo da demanda.

Da mesma forma, Camilo ZUFELATO reputa a convenção coletiva de consumo, ainda que não seja uma ação, como um instrumento jurídico apto a originar uma ação coletiva passiva. Tendo por objetivo antecipar o surgimento de conflitos, obrigando seus signatários tal como um contrato coletivo e regulando determinadas atividades comerciais existentes entre o consumidor e o fornecedor, uma vez desrespeitada, a convenção poderia ser executada judicialmente.¹⁷⁵ A decisão judicial poderia impor, então, ao filiados das entidades pactuantes, comandos próprios da ação coletiva passiva.

¹⁷⁰ MAIA, D. C. M. Idem, p.72-73.

¹⁷¹ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 7-8.

¹⁷² Art. 5º, §2º. “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer partes”

¹⁷³ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 8.

¹⁷⁴ Art. 107. “As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.

¹⁷⁵ ZUFELATO, C. Obra citada, p. 104.

Logo, terá havido a “representação” dos filiados por meio das entidades que congregam sujeitos relacionados com o fornecimento ou o consumo de certo produto ou serviço, o que autorizaria a extensão da coisa julgada na esfera pessoal dos seus integrantes de uma decisão que lhes trouxesse um prejuízo jurídico.¹⁷⁶

Ao seu turno, por não vislumbrar a possibilidade da formação de um litisconsórcio ulterior, ativo e facultativo nas demandas coletivas, José Marcelo Menezes VIGLIAR¹⁷⁷ discorda em parte dos argumentos trazidos por Ada GRINOVER. Não havendo como o dito “litisconsorte” ampliar (tanto objetiva quanto subjetivamente) o pedido deduzido na inicial originalmente por outro representante adequado em respeito ao princípio do juiz natural, melhor teria sido a utilização da expressão “assistente qualificado” no texto do art. 5º, §2º, da Lei 7.347/85.

Isso significa dizer que a possibilidade prevista na ACP diz respeito à aceitação de outro representante adequado habilitar-se na função de assistente qualificado. Ficaria, então, submetido ao regime de litisconsórcio que estatui a independência entre os litigantes (nos termos do art. 49, CPC) sem que venha a sofrer as mesmas restrições impostas ao assistente simples.

Contudo, e aqui a genialidade do argumento da autora, a condição de “qualificado” que se prende a possibilidade de sua habilitação como “assistente” mostra (mercê do regime de independência que rege a atividade processual dos litisconsortes- ainda o art. 49 do CPC) que os representantes podem sim atuar também no pólo passivo das demandas coletivas.¹⁷⁸

Trazendo tal concepção para o plano das ações coletivas passivas, VIGLIAR salienta que, para que haja a admissão de um representante adequado no pólo passivo, mister se faz a demonstração *in concreto* “que a situação descrita na demanda coletiva coloca um outro representante adequado na condição de assistente qualificado do réu original (que [deverá ser] pertencente ao universo dos interessados que aquele legitimado representa)”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ ZUFELATO, C. Idem, p. 105.

¹⁷⁷ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 316.

¹⁷⁸ VIGLIAR, J. M. M. Idem, ibidem.

¹⁷⁹ VIGLIAR, J. M. M. Idem, ibidem.

Na realidade, em que pesem as diferentes doutrinas acerca da possibilidade do legitimado passivo ocupar o pólo passivo da demanda, esta já é uma realidade na prática jurídica brasileira. Como exemplo, cita-se aqui a Ação Civil Pública movida perante o TRF4 pela Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC) em face da União e da Associação Brasileira de Bebidas (ABRABE) requerendo a presença de advertências explícitas nos rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas acerca do risco do consumo destas.¹⁸⁰

No caso, o juízo de primeiro grau entendeu pela improcedência da ABRABE em ingressar no feito na qualidade de assistente litisconsorcial. Em sede recursal, no entanto, entendeu a Turma pela legitimidade passiva da ré, não só por já ter ocupado o mesmo pólo passivo em outra demanda (Autos nº 94.0011681-0, 6ª Vara do Paraná), mas também por ter sido reconhecido seu poder promocional junto aos seus afiliados, de modo que viesse a impor a estes a obrigação de advertir os consumidores dos malefícios das substâncias alcoólicas.

No mesmo sentido, o TRF3 julgou a apelação em Ação Civil Pública originariamente proposta pelo Ministério Público Federal em face da Associação Paulista de Supermercados (APAS), da Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS) e de algumas empresas de grande porte do setor¹⁸¹. A referida ação tinha por propósito compelir os supermercados-réus a afixarem em cada produto exposto à venda o respectivo preço, independentemente do sistema de código de barras ou outros métodos existentes no mercado.

Dentre os pedidos da exordial, pretendia o órgão ministerial, com relação à APAS e a ABRAS, que fossem estas “obrigadas a não orientarem os associados a não colocarem etiquetas de preços nos produtos e que a APAS informasse, via fax, aos associados a obrigatoriedade de confeccionar cartazes”. Em aditamento à inicial, o Ministério Público Federal pugnou que os pedidos deduzidos na Ação Civil Pública fossem também considerados em relação a todos os estabelecimentos dos

¹⁸⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 2002.04.01.000611-1, Terceira Turma, Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Publicado no DJ de 30/04/2003.

¹⁸¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC 878815, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Mairan Maia. Publicado em DJU de 08/01/2007.

supermercados-réus no Estado de São Paulo, bem como aos afiliados paulistas da APAS e da ABRAS.

Em decisão singular determinou-se com relação à APAS e à ABRAS que estas dessem ciência aos associados do teor da decisão, no atinente à etiquetagem de preços individualmente e afixação de cartazes, no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária.

No julgamento da apelação interposta pelas empresas rés, não obstante ter sido alegada a ilegitimidade passiva *ad causam* da ABRAS sob argumento de que não seria entidade representativa das empresas do gênero de supermercados, entendeu o Tribunal que a associação, de fato, representava a categoria, devendo postular a defesa de seus interesses conforme finalidade estatutariamente consagrada. No mérito julgou-se parcialmente procedente as apelações tão somente para assegurar a utilização do código de barras pelos estabelecimentos-réus de modo que fosse garantido o direito básico do consumidor à informação clara, precisa, ostensiva e correta quanto ao preço.

Consoante os processualistas supracitados e a jurisprudência nacional, parece incontestável que o sistema brasileiro permite que a classe figure no pólo passivo da ação. No entanto, são os próprios fundamentos empregados na viabilização da ação coletiva passiva (inafastabilidade do controle jurisdicional, devido processo legal, acesso à justiça, dentre outros) que irão traçar os limites de sua atuação.

2.3 DIFERENCIAÇÃO ENTRE REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES E PESSOAS. IMPLICAÇÕES NO DEVIDO PROCESSO LEGAL (DUE PROCESS OF LAW)

A grande questão que se impõe aqueles que advogam em favor da ação coletiva passiva é a de como equacionar o modelo representação de interesses típico das ações coletivas com a garantia do devido processo legal e o individualismo processual ainda arraigado no processo civil ocidental moderno.¹⁸² Isso porque

¹⁸² LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 36.

o fato verdadeiramente perturbador em se tratando da *class action* é que ela cria uma situação na qual posso ser representado em processos sobre os quais nada sei, por alguém que não escolhi e nem ao menos conheço. Os propósitos sociais da *class action* podem, indubitavelmente, justificar essa estranha forma de representação, mas seria um erro ignorar ou negar sua própria singularidade e o fato de que ela opõe-se aos valores individualistas que permeiam intensamente nosso ordenamento jurídico.¹⁸³

De um lado têm-se os processos individuais, nos quais a legitimidade para agir é do próprio titular do direito material e os limites subjetivos da coisa julgada se dão *inter partes*, ou seja, não há vinculação de sujeitos que não participem do processo. De outro, no litígio coletivo haverá a substituição processual e, conforme o caso, poderá haver a extensão da coisa julgada a integrantes do grupo substituído no processo¹⁸⁴ sem que corresponda à uma ofensa ao devido processo legal.

Em sendo reconhecida a inafastabilidade do controle jurisdicional como direito fundamental de todos e que, portanto, constitui condição de efetividade da proteção constitucional à tutela jurisdicional, deve também ser observado que sua aplicação se dê em estrita consonância com o que chamamos de *due process of law* ou devido processo legal¹⁸⁵, prevista no ordenamento brasileiro no art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988.¹⁸⁶

[O devido processo legal] consubstancia-se, sobretudo, como igualmente visto, numa *garantia* conferida pela Magna Carta, objetivando a consecução dos direitos denominados fundamentais através da efetivação do *direito ao processo*, materializado num *procedimento regularmente desenvolvido*, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num *prazo razoável*.¹⁸⁷

Na hipótese de o defensor do direito não ser o titular do direito afirmado, não se configurará ofensa ao princípio do contraditório caso tenha sido o processo conduzido por sujeito dotado de legitimidade adequada.¹⁸⁸ Isso porque nas ações coletivas o devido processo legal tem uma lógica diferenciada, pautada pela outorga a

¹⁸³ FISS. Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004, p. 249.

¹⁸⁴ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 117.

¹⁸⁵ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 106.

¹⁸⁶ Art. 5º, LIV, CF/88 "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

¹⁸⁷ TUCCI, R. L.; TUCCI, J. R. C. Obra citada, p. 19.

¹⁸⁸ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 117.

determinados sujeitos de legitimidade por substituição processual a fim de que figurem em juízo em nome dos demais. Da mesma forma, o princípio da representação, elemento essencial para que se garanta o devido processo legal, ganha nova formatação quando aplicado às ações coletivas.

O princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que tem nele seu objetivo político. Mas, enquanto no processo civil individual a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório (*participação no processo*), no processo coletivo a participação se faz também *pelo processo*.¹⁸⁹

Como reiteradamente acentuado neste trabalho, não há previsão explícita para as ações coletivas passivas. Para tanto, o devido processo legal mostra-se como verdadeiro instrumento para que “não seja dado alcance tal à ação coletiva passiva a ponto de gerar intromissão inadequada, desnecessária ou desproporcional na esfera particular das coletividades”.¹⁹⁰

Como forma de superação de uma ótica conservadora e individualista ainda predominante no Brasil, pode-se apontar a doutrina de Owen FISS que, com base nas *injunctions* estruturais norte-americanas, diferencia o devido processo legal do direito de participar do processo. Segundo o autor, o devido processo legal não reside no *direito de participação*, mas sim no *direito à representação*.¹⁹¹ o que altera em muito o regime de processamento da ação coletiva, em especial da passiva.

Acredito que o que a Constituição garante não é o direito de participação, mas o que chamarei de “direito de representação”: não é “um dia na corte”, mas o direito à representação adequada de interesses. Consoante o direito de representação, nenhum indivíduo pode ser obrigado por uma decisão judicial a menos que seus interesses estejam adequadamente representados no processo. Isso significa que uma decisão estrutural pode ser final se, e somente se, todos os interesses estiverem adequadamente representados no processo. Se um dos interesses envolvido não estiver representado de forma adequada, a decisão permanecerá vulnerável a uma nova impugnação (...).

Utilizando-se da mesma lógica, Jordão VIOLIN acentua a necessidade da utilização de um sistema de representação de interesses também no Brasil. Considera

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santo (coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos*. São Paulo: Atlas, p. 304, *apud* DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 115.

¹⁹⁰ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 91.

¹⁹¹ FISS. O. Obra citada, p. 215 e ss.

a representatividade adequada como um critério de legitimação, e que tal representação “refere-se aos legitimados pelo direito positivo a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo”¹⁹². O representante seria um verdadeiro porta-voz dos interesses do grupo. Dessa forma, a representação não se refere a determinadas pessoas ou mesmo grupos, mas sim a interesses.¹⁹³

Para Owen FISS, por meio da representação adequada de interesses liberta-se o devido processo legal de uma concepção extremista, segundo a qual os procedimentos devem ser sempre imparciais. Pelo contrário, conclui o autor, pode ser usada como ferramenta para que os direitos pleiteados venham a ser alcançados, ainda que seja “necessário abandonar o direito de participação e deixar vários indivíduos sem nenhuma outra garantia de que seus direitos serão adequadamente representados”,¹⁹⁴ salvo a do direito de ter seu interesse adequadamente representado em juízo.

2.3.1 Representação de pessoas

Conforme o modelo de representação de pessoas apenas poderá sofrer os efeitos de uma decisão quem teve oportunidade de participar do processo de forma que seja assegurado a todos o direito de ter “um dia na corte”.¹⁹⁵ Em síntese, trata-se do “direito de participar do processo” e da “a oportunidade de ser ouvido”.¹⁹⁶

Nessa concepção de representação parte-se da técnica do *opt-out*,¹⁹⁷ segundo a qual se presume que os membros tomaram conhecimento da demanda e têm

¹⁹² GIDI, Antônio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, p. 61.

¹⁹³ VIOLIN, J. Obra citada, p. 46.

¹⁹⁴ FISS. O. Obra citada, p. 232.

¹⁹⁵ FISS. O. Obra citada, p. 207.

¹⁹⁶ LEAL, M. F. M. Obra citada, p. 35.

¹⁹⁷ “É o direito de auto-exclusão que o membro pode ter de exclui-se do grupo e, conseqüentemente, da ação coletiva. Quando exercido, os membros se excluem do grupo e não serão atingidos pela coisa julgada coletiva, nem para beneficiar nem para prejudicar, e podem propor uma ação individual ou participar de outra ação coletiva” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 482). “Because class action judgments are entitled to *res judicata*

interesse em fazer parte do litígio quando não fazem expressamente seus pedidos de exclusão.¹⁹⁸ Entende-se que os terceiros são abarcados pelos efeitos da decisão coletiva pelo fato de terem tido a oportunidade de intervir no processo e por terem sido pessoalmente representados no curso processual.¹⁹⁹

O apelo de tal sistematização junto ao devido processo legal, reside na noção errônea de que o direito à participação no processo proporcionaria um maior controle do sujeito sobre seus interesses levados a juízo. Em sentido contrário, Jordão VIOLIN²⁰⁰ elenca de forma muito elucidativa uma série de dificuldades que acabam por pôr em xeque tal modelo.

Em primeiro lugar, conforme o autor curitibano, o modelo de representação de pessoas mostra-se extremamente custoso face à necessidade de expedição de notificações a todos os eventuais interessados. Como resultado, a ação ficaria interminavelmente exposta ao risco de futuras impugnações em razão de uma eterna notificação insuficiente. Além disso, poder-se-ia criar um litisconsórcio tão numeroso que acabaria por anular as possíveis vantagens que seriam alcançadas pelo litígio coletivo.

Como outra desvantagem intrínseca ao modelo de representação de pessoas, tem-se que o representante do grupo será um sujeito auto-nomeado cujos atos vincularão a todos aqueles por ele representado, independentemente de qualquer aferição da qualidade de sua atuação em juízo.

O americano Owen FISS²⁰¹ aponta dois obstáculos insuperáveis da representação de pessoas. Em um modelo atual, no qual qualquer direito é passível de

effect, the procedure can foreclose significant rights of parties who do not wish to release their claims or who may not even wish for the litigation to occur at all. (...) Perhaps the most innovative requirement under the current Rule 23 – one not present under the pre-1966 iteration of the rules – is a provision allowing class members to exclude themselves from the class in a (b)(3) case.⁴ Over time, this procedure, commonly known as an “opt-out,” has developed into a fundamental part of class action practice. EISENBER, Theodore; MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, nº 5, vol. 57, out. 2004. Disponível online em: <<http://law.vanderbilt.edu/publications/vanderbilt-law-review/archive/volume-57-number-5-october-2004/download.aspx?id=2960>>. Acesso em 15 de junho de 2010.

¹⁹⁸ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 292.

¹⁹⁹ VIOLIN, J. Obra citada, p. 51.

²⁰⁰ VIOLIN, J. Idem, p. 48-49.

²⁰¹ FISS. O. Obra citada, p. 213-215.

originar uma demanda judicial, a formação de um litisconsórcio envolvendo todos os possíveis interessados se mostraria absolutamente impraticável.

Além disso, mesmo que viesse, porventura, a se obter uma decisão judicial acerca do caso, esta ficaria sempre sujeita a rediscussão por todos que não tinham, ao tempo do processo inicial, participado pessoalmente, mas que vieram, posteriormente, a ter relação com o fato em discussão, como, por exemplo, sujeitos que não haviam nascido à época do fato.

No foro brasileiro, ainda que tenham surgido nos últimos anos diversos exemplos de ações coletivas passivas, o sistema de representação de pessoas, com todos os seus vícios, remanesce. Nesse sentido emerge o Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.013498-1/DF do TRF1 proposto pela Associação Brasileira de Centros de Diálise e Transplante-ABCDT contra decisão que acatou pleito formulado pela União em ação cautelar preparatória de ação civil pública, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HEMODIÁLISE POR MEIO DE CONVÊNIO COM O SUS. ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. LEGITIMIDADE PASSIVA EXTRAORDINÁRIA EM NOME DOS ASSOCIADOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO. REGULARIDADE DA PERMANÊNCIA DA AGRAVANTE NO PÓLO PASSIVO. PARCIAL PROVIMENTO DO AGRAVO.

1. A regularidade da indicação de associação como parte passiva extraordinária em ação civil pública demanda a possibilidade de atuação da mesma como substituta processual de seus associados, o que inócorre em relação a associações de classe.
2. A Constituição preconiza a liberdade de associação e permite aos interessados a utilização do arbítrio para ingressar ou retirar-se da sociedade, o que inviabiliza a aceitação de indicação de associação como legitimada extraordinária, eis que basta ao associado desligar-se para não mais estar obrigado pela decisão judicial dirigida à associação.
3. A falta de legitimidade extraordinária não afasta a legitimação para figurar no pólo passivo quando há indícios efetivos de participação em movimento destinado a exigir aumento na contraprestação por serviços profissionais prestados em razão de convênios com o Serviço Único de Saúde.
4. É necessária a citação de todos os associados como litisconsortes para que se possa garantir a efetividade da decisão que venha a ser adotada, não suprimindo tal necessidade a mera intimação.
5. A multa arbitrada encontra amparo na legislação vigente e não se demonstra sem razoabilidade ante a abrangência nacional da associação.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido para manter a agravante no pólo passivo, afastando apenas a legitimação extraordinária preconizada na decisão agravada.²⁰²

A decisão de primeiro grau, proclamando a legitimação extraordinária da Associação, determinou à agravante a abstenção de qualquer medida que induzisse seus associados a suspender o atendimento pelo SUS. Obteve-se, então, o impedimento dos atos tendentes à paralisação de atendimento a pacientes do SUS pelas clínicas associadas, pois a ABCT estaria utilizando de seus filiados como maneira de pressionar a Administração Pública a majorar os valores pagos pelos procedimentos, colocando em risco a vida dos pacientes renais crônicos com a mera intenção de salvaguardar interesses econômicos.

A ABCT sustentou, em grau recursal, que não deteria legitimação passiva extraordinária para responder por seus associados, mas, tão somente como representante processual, estando legitimada apenas com a deliberação autorizativa em assembléia.

Por meio de uma análise constitucional, a relatora, Desembargadora Selene Maria De ALMEIDA, inicialmente entendeu pela legitimidade da associação em figurar no pólo passivo da referida ação eis que os fatos expostos dariam conta de demonstrar a possível participação da ABCT na organização do movimento que a cautelar objetivava inibir. Todavia, em razão do previsto no art. 5º, inc. XX da CF/88 deixar claro que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, a decisão tornar-se-ia inócua caso houvesse um desligamento em massa da associação.

Logo, aduziu a relatora, ainda que a conduta fosse condenável, não se poderia dar prosseguimento ao feito sob pena de absoluta impossibilidade de execução da medida deferida caso ocorresse a saída dos associados da ABCT. O agravo foi então parcialmente provido a fim de que a União promovesse a citação de todos os réus como litisconsortes, de forma a garantir a efetividade da decisão que viesse a ser adotada.

²⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AG 2003.01.00.013498-1/DF, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma. Publicado no DJ de 08/03/2004.

Se o caso apontado estivesse sob a égide de um sistema de representação no qual não se exigisse que cada um dos indivíduos desfavoravelmente afetado fosse representado em juízo para que pudesse ser vinculado aos efeitos da coisa julgada, restaria superado o embaraço do art. 5º, inc. XX da CF/88.

É certo que a representação de pessoas confere aos indivíduos uma sensação de maior controle sobre a demanda, no entanto, conforme o exposto, não se coaduna com as bases da ação coletiva. Suas características, na verdade, levam a se repensar a conveniência de sua aplicação e a buscar sua superação, o que conduz, invariavelmente, ao modelo de representação de interesses.

2.3.2 Representação de interesses

Diferentemente do que se poderia pensar em um primeiro momento, em sistemas que adotam a representação coletiva como verdadeira representação de interesses, as decisões são dotadas de uma maior segurança jurídica.²⁰³ Segundo esta concepção, para que as ações não fiquem eternamente suscetíveis a impugnações basta que a representação do interesse a ser tutelado tenha sido feita de forma adequada.

Como visto *supra*, por motivos de conveniência e necessidade, no caso das ações coletivas, foi aberta uma exceção à garantia de que todos terão a prerrogativa de serem ouvidos em juízo, substituindo-a pelo direito de serem ouvidos por meio de um representante. Este funcionaria como um verdadeiro porta-voz dos interesses da coletividade sem que isso representasse qualquer ofensa à garantia do devido processo legal.²⁰⁴

Baseado no entendimento de que nos casos de ação coletiva não é assegurado “um dia na corte”, mas sim o direito à “representação adequada de interesses” no curso

²⁰³ FISS. O. Obra citada, p.217.

²⁰⁴ GIDI, A. Obra citada, p. 99-100.

processual,²⁰⁵ mostra-se desnecessária a notificação de todos os eventuais interessados para que terceiros que não tenham sido parte no processo venham a ser vinculados pelos efeitos desfavoráveis da coisa julgada.²⁰⁶

Assegurando que todo o interesse envolvido seja devidamente representado, procura-se garantir a todos os mesmos resultados que seriam obtidos caso cada um dos membros estivesse pessoalmente em juízo defendendo seus próprios interesses.²⁰⁷ Consoante Antonio GIDI²⁰⁸, esta é uma lição que deveria ser apreendida pelo nosso ordenamento, vez que sendo bem aplicado, o conceito da representação adequada não só contribui para a economia e efetividade processual como não constitui qualquer dano à justiça.

No Agravo de Instrumento nº 2003.01.00.013498-1/DF apresentado no item anterior, para que houvesse a extensão dos efeitos da coisa julgada, sem a necessidade da notificação de todos os filiados, bastaria que os interesses dos associados junto à Associação Brasileira de Centros de Diálise e Transplante estivessem adequadamente representados no processo pela ABCDT. Nesse sentido, Owen FISS afirma que pelo sistema de representação de interesses:

um indivíduo pode ser vinculado pela ação de alguém que pretende ser seu representante, muito embora tal indivíduo não tivesse dito o que quer que seja durante a seleção desse representante; pode, de fato, nem mesmo ter conhecimento da nomeação ou de que estava sendo representado. (...) A notificação é enviada aos membros da classe, mas apenas como uma maneira de verificar a adequação da representação, não para proteger os direitos individuais de participação. Uma das primeiras tarefas da Corte em uma *class action* é certificar-se de que os interesses dos membros da classe estão adequadamente representados, pois o direito determina que todos os membros da classe serão totalmente vinculados pelo julgamento proferido.²⁰⁹

Ora, o representante adequado será aquele que demonstra um compromisso com a causa daqueles que representa, o qual pode ser definido como “um verdadeiro compromisso que encerra uma série de atividades que deve desenvolver para sua

²⁰⁵ FISS. O. Obra citada, p. 215.

²⁰⁶ FISS. O. Idem, p. 219.

²⁰⁷ GIDI, A. Obra citada, p. 100.

²⁰⁸ GIDI, A. Idem, ibidem.

²⁰⁹ FISS. O. Obra citada, p. 228.

própria razão de existência”.²¹⁰ Uma vez que associação em questão tem, de fato, um compromisso com a causa a qual defende, haverá representatividade adequada dos interesses postos em jogo, não sendo admissível a dúvida da existência de ampla defesa no curso processual.

Mesmo que se invocasse o princípio da livre associação, o sistema de representação de interesses tem por filosofia vincular qualquer um que tenha ou venha a ter relação com o processo inicial. Isto se dará independentemente de ter ou não se desligado da instituição, bastando, repita-se, que o interesse tenha sido adequadamente representado em juízo. Isso porque a “*adequacy of representation* é um corolário da garantia constitucional do devido processo legal, sendo considerada suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo”.²¹¹

2.4 LEGITIMAÇÃO DA COLETIVIDADE NO PÓLO PASSIVO

A grande vantagem obtida por meio da ação coletiva passiva reside na possibilidade de que haja a condenação de integrantes da coletividade via a condenação do representante adequado.²¹² Uma vez dito isso, cumpre avaliar quem serão as pessoas aptas a figurar como parte processual passiva e a vincular os demais integrantes do grupo.

Em termos gerais, por meio da legislação cunhada exclusivamente sob a perspectiva das ações coletivas ativas, verifica-se que qualquer coletividade organizada poderá ocupar o pólo passivo de uma demanda desde que o legitimado esteja legalmente previsto para tal e atue de forma adequada como representante.²¹³

A partir de tal explanação poder-se-ia pensar, *a priori*, que as coletividades organizadas seriam apenas aquelas associações que atendessem aos critérios do art. 5º da LACP. Ao contrário, as situações legitimantes dizem respeito às organizações

²¹⁰ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 318-319.

²¹¹ GIDI, A. Obra citada, p. 100

²¹² VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 320.

²¹³ VIOLIN, J. Obra citada, p. 127-127.

sindicais, às ações coletivas passivas derivadas, às associações legalmente constituídas e às associações desprovidas de personalidade jurídicas.

2.4.1 O Ministério Público como réu?

Conforme visto no item 1.2, as ações coletivas passivas tanto podem ser independentes quanto derivadas, conforme decorram ou não de uma ação coletiva ativa já proposta. Este pequeno retrospecto tem especial importância quando da análise da eventual possibilidade do Ministério Público figurar como representante dos interesses da coletividade em uma ação coletiva passiva derivada.

Não obstante o Ministério Público estar entre os legitimados do art. 82 do CDC ele não poderia, em tese, ser demandado nas ações em que os pólos da relação jurídica original se invertem face sua ausência de personalidade jurídica. Esta impossibilidade, no entanto, pode ser abrandada. Percebe-se que o Ministério Público não é um legitimado passivo ordinário, mas pode, eventualmente, ser demandado enquanto representante de uma coletividade.²¹⁴

No caso da reconvenção, que se caracteriza por ser um ato do exercício do direito de demandar, sendo uma técnica de celeridade processual, o réu, e agora autor, deve atender às mesmas condições da ação e os normais requisitos exigidos para a correta propositura de uma demanda original²¹⁵.

O exercício da reconvenção em ação coletiva deve ser subordinado aos mesmos moldes que regem a ação coletiva passiva. Ora, em não havendo como o Ministério Público possuir legitimidade para figurar no pólo passivo de uma demanda original face sua ausência de personalidade jurídica, faltaria um pressuposto essencial para que fosse viável sua posição de réu na reconvenção. Constitui, portanto, a reconvenção apenas uma “técnica de otimização do processo em prol de um

²¹⁴ VIOLIN, J. Idem, p. 130.

²¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed. aum. e atual., v. III. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 494.

provimento mais rápido e econômico. Em suma, admite-se a reconvenção em ação coletiva ativa na mesma medida em que admite a ação coletiva passiva ordinária”.²¹⁶

O raciocínio acima se aplica igualmente à ação declaratória incidental (art. 5º do CPC). Exige-se para a causa na qual se discuta a existência ou inexistência de relação jurídica que as partes sejam ativa e passivamente legitimadas tanto quanto se a declaração fosse proposta em caráter autônomo e não incidentemente. Deve-se, por conseguinte, respeitar os mesmos requisitos gerais dos atos do processo ordinariamente exigidos para a propositura de uma nova demanda.²¹⁷

Por outro lado, nas ações rescisórias, cautelares incidentais ou em embargos do executado ou de terceiro e em execuções coletivas quando ajuizadas pelo réu da ação coletiva, a figura do órgão ministerial impossibilitado de defender a coletividade no pólo passivo é, com efeito, mitigada. Nestas hipóteses, como não se visa à economia processual, mas sim à ampla defesa e ao acesso à justiça, pode-se admitir aqui “todas as hipóteses de legitimados que tenham figurado no pólo ativo da ação coletiva ativa principal”.²¹⁸

Registre-se que até mesmo Hugo Nigro MAZZILLI, renomado opositor da ação coletiva passiva, rende-se ao aceitar a ação rescisória como uma das poucas exceções para que a coletividade ocupe o pólo passivo da demanda.²¹⁹

No que toca especificamente ao Ministério Público como réu nas ações derivadas de ações coletivas ativas, a jurisprudência tem permitido o julgamento de mérito destas ainda que o órgão não seja detentor de personalidade jurídica. Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o qual “o Ministério Público assume legitimidade passiva na rescisória, sem embargo da natureza da personalidade jurídica que ostenta a instituição”.²²⁰

²¹⁶ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 123

²¹⁷ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 520 e 571.

²¹⁸ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 123. Por fim, conclui o autor, “salvo nas hipóteses de reconvenção e de ação declaratória incidental, tratando-se de ações incidentes, a legitimidade passiva dos entes coletivos depende tão somente do reconhecimento da legitimidade ativa na ação principal (MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 126).

²¹⁹ MAZZILLI, H. N. Obra citada, p.358-359.

²²⁰ Nesse sentido colaciona-se o trecho da ementa referente à Ação Rescisória nº 70022197248 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul “(...) Ilegitimidade passiva do Ministério Público. Inocorrência. Não se colore a figura da ilegitimidade passiva do Ministério Público, na ação rescisória da decisão proferida na Ação Civil Pública pelo mesmo intentada, pois sendo parte autora na ação ajuizada (487, I, do CPC) o Ministério Público assume legitimidade passiva na rescisória, sem embargo da natureza da

2.4.2 Atribuição da legitimação ao grupo sem personalidade jurídica

Ao longo de todo este estudo procurou-se adequar a ação coletiva passiva ao ordenamento jurídico brasileiro. Uma questão, no entanto, é inevitável de não ser mencionada por aqueles que percorrem este sinuoso trajeto: como a coletividade será representada por um ente desprovido de personalidade jurídica ou expressa capacidade para ser parte?

“A resistência para se reconhecer legitimação ativa a tais grupos funda-se em que eles não são dotados de personalidade jurídica e, assim, não “existindo” juridicamente, não preenchem o ‘pré-requisito’ para a *legitimatío ad causam*.”.²²¹ No entanto, sem que o grupo possa ser levado a juízo em razão de sua informalidade, muito provavelmente a lesão cometida pela coletividade não será apreciada pelo judiciário, o que põe em risco a afetividade da ação coletiva passiva como, por exemplo, em face de movimentos sociais que não tenham existência jurídica.

A fim de superar este obstáculo, viabilizando e justificando a figura do réu em ações coletivas, é proposta uma saída estratégica, que confere capacidade de ser parte ao grupo organizado, porém destituído de personalidade jurídica.²²² Para tanto, defende-se o uso de uma técnica inversa à da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, atribuindo capacitação processual aos entes informais por meio de uma analogia com a *sociedade de fato*. Constitui-se o que se denomina de *associação de fato*²²³ que, ainda que não esteja expressamente prevista pelo direito brasileiro, tampouco é por este excluída.²²⁴

personalidade jurídica que ostenta a instituição.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AR 70022197248, Quinto Grupo Cível. Relator Desembargador Paulo Antônio Kretzmann. Publicado no DJ de 20.06.2008. No mesmo sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AR 70002947232, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS. Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Publicado no DJ de 14/06/2000.

²²¹ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p.

²²² MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 127-138.

²²³ “Diz-se da caracterização por *analogia*, pois o grupo organizado para lesionar coletivamente direitos enquadra-se não perfeitamente como uma *sociedade*, mas, sim, como uma *associação*, por não

Em razão do grau de semelhança entre ambas as figuras, seria possível que dentro da capacidade para a *sociedade de fato* fosse incluída também a capacidade para a *associação de fato*. Admitir-se-ia, então, que entes sem personalidade jurídica figurassem no pólo passivo das demandas sob a condição de que fossem constituídas com um grau tal de organização que pudessem “causar ameaça ou lesão homogênea a direito de outrem.”²²⁵

Contudo, a outorga de personificação jurídica ao grupo, o qual passa a ser reconhecido como uma *associação de fato*, não se resumiria a verificar se a inexistência de personalidade constituída foi utilizada como meio de se isentar os membros do grupo de suas responsabilidades. Dever-se-ia também permear os meandros da organização a fim de averiguar, mediante análise de seus aspectos organizacionais e finalísticos (se o grupo é ou não passível de delimitação e se há finalidade comum entre os membros que o compõe), a real existência de uma organização não formalizada apta a figurar como ré em uma ação.²²⁶

Adotando esta perspectiva, pode-se dizer que a outorga de personalidade irá derivar de “elementos objetivos, e não de um reconhecimento formal por parte do poder público”²²⁷, sendo pautada pela teoria da realidade e não mais pela antiga teoria da ficção. Ainda que tenha por escopo os direitos difusos no pólo ativo, a lição de Rodolfo de Camargo MANCUSO faz-se presente:

O dogma da personalidade vem sendo repensado e vem perdendo muito de seu prestígio de outrora. Por um lado a teoria da pessoa moral como *ficção* cedeu terreno à teoria chama realista, esta sustentando que a personificação não deriva de *ex lege*, e sim da capacidade objetiva do grupamento de se impor como expoente de um interesse coletivo. Por outro lado, afirma-se a teoria da

possuir, necessariamente, fim econômico. A *sociedade de fato*, por ser espécie do gênero sociedade (art. 981 do Código Civil), tem escopo negocial. A *associação de fato*, por seu turno, por ser espécie do gênero *associação*, não possui este objetivo (art. 53 do Código Civil)”. (MAIA, D. C. M. Idem, p. 131).

²²⁴ MAIA, D. C. M. Idem, p. 132.

²²⁵ MAIA, D. C. M. Idem, p. 132. Posição diversa à possibilidade da coletividade ser representada por ente não legitimado de *lege lata*, porém igualmente coerente, é encontrada na obra de Jordão VIOLIN, segundo o qual “o direito positivo vigente ainda não autoriza que uma coletividade seja representada por um ente desprovido de personalidade jurídica. (...) Apesar de essa ser uma necessidade premente, e que vem sendo contornada na prática pela jurisprudência, ainda não há fundamento legal que resolva o problema. Ainda não se pode conceber, com base no atual ordenamento, que uma coletividade seja representada por entes que não os elencados no art. 82 do CDC.” (VIOLIN, J. Obra citada, p. 131.)

²²⁶ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 133-138.

²²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 178.

“desconsideração da personalidade jurídica” (*Disregard of Legal Entity*) pretendendo que a pessoa jurídica não deve perder sua *transparência*. (...) Se tal evolução está se registrando no que tange às pessoas jurídicas propriamente ditas, *a fortiori* se haverá de admitir que, em se tratando de grupos portadores de interesses difusos, não é relevante a questão da personalidade jurídica, recaindo a tônica na *importância social do interesse* (sua legitimidade) e na representatividade do grupo, como elementos objetivos ensejadores da legitimação para agir.²²⁸

A dispensa da exigência da coletividade revestida de personalidade jurídica, exigindo apenas que o grupo seja organizado, ou seja, que tenha um mínimo de controle sobre quem o integra tem por escopo fundamental evitar a litigiosidade contida nos casos de grupo sociais informais. Isso porque não se pode olvidar que “é cediço que na realidade nacional há inúmeros agrupamentos que funcionam sem se constituírem como pessoa jurídica”²²⁹.

Diferentemente da ação coletiva tradicional, em que se procura estabelecer uma filtragem daqueles que são aptos a pleitear direitos transindividuais a fim de evitar que entes descomprometidos figurem no pólo ativo, na ação coletiva passiva a coletividade estará ameaçando ou lesionando direitos de outrem. Dessa forma, o grupo não poderá deixar de figurar em uma demanda utilizando-se da justificativa de que não possui personalidade jurídica para tanto. Como alerta Camilo ZUFELATO, “a coletividade sem personalidade jurídica, pretensamente violadora de um direito transindividual, receberia de forma injustificada um tratamento privilegiado.”²³⁰

A fim de contornar as dificuldades inerentes ao tema e não se imiscuir da apreciação de questões essenciais, o judiciário tem igualmente procurado formas de capacitar a coletividade para que esta venha a figurar como parte nos processos.

Exemplificando tal assertiva, tem-se o Agravo de Instrumento nº 2007.02.01.009146-6 do TRF2,²³¹ no qual integrantes do Movimento Sem-teto acabaram por invadir um prédio do INSS na cidade do Rio de Janeiro. Insurgiu-se a autarquia previdenciária contra a decisão que, em ação de reintegração de posse

²²⁸ MANCUSO, R. de C. Obra citada, p. 182-183.

²²⁹ ZUFELATO, C. Obra citada, p. 122.

²³⁰ ZUFELATO, C. Idem, p. 123.

²³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento 157097, Quinta Turma Especializada, Relator Desembargador Antônio Cruz Netto. Publicado no DJ de 21/01/2009.

ajuizada, determinou a emenda da inicial para que, dentre outras diligências, a autora designasse corretamente o Movimento Sem-teto envolvido e indicasse seus líderes.

Em sede de Agravo, optou o referido Tribunal por outorgar, ainda que não nestes exatos termos, ao Movimento Sem-teto, qualidade tal qual fosse uma associação de fato, a fim de que respondesse em juízo pelos interesses de seus membros. Em razão das exigências impostas ao INSS serem impraticáveis por se tratar de invasão de imóvel por um número incontável de pessoas integrantes de um movimento organizado, mas sem personalidade jurídica, e não havendo como se individualizar os réus, foi votado pela desnecessidade da realização de emenda à inicial. Aplica-se perfeitamente ao exposto o aduzido por Diogo C. M. MAIA para um caso similar:

Conclui-se (...) que se tratou de um perfeito exemplo de processo coletivo, em que uma pluralidade de pessoas teve seus direitos individuais colocados em juízo em conjunto, havendo sido substituídos no processo por um ente autônomo. Não havendo personalidade jurídica para o citado ente, a única solução processual aceitável é a de que o grupo foi caracterizado como uma sociedade de fato.²³²

A atribuição da legitimidade ao grupo, representado por alguns indivíduos, tem um viés essencialmente prático, especialmente quando se refere a conflitos possessórios. Nestas situações, quando há invasão de imóvel por um grande contingente de pessoas, a individualização dos invasores revela-se impossível, seja em decorrência do seu elevado número, seja pelo caráter transitório da situação que demanda medidas urgentes.

Valendo-se de outros ensinamentos, a jurisprudência brasileira tem chegado às mesmas conclusões já expostas, como na REsp 326.165/RJ²³³. No momento do ajuizamento da ação de reintegração de posse, o autor não havia determinado todas as pessoas responsáveis pelo esbulho. Esta falta se deu em razão da própria dificuldade inerente ao caso, aliada ao fato de que novos invasores foram se instalando no imóvel durante todo o curso processual

O Relator do Acórdão, Ministro Jorge Scartezzini, com base nas lições do civilista Caio Mário da Silva PEREIRA, salientou que ações possessórias têm por

²³² MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 136.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 326.165/RJ, Relator. Ministro. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 09/11/2004. Publicado no DJ de 17/12/2004.

escopo justamente resolver de forma célere as questões acerca do rompimento da relação de poder sobre o bem, mostrando-se desnecessárias discussões acerca do domínio sobre o imóvel em disputa. Ressaltou, ainda, a característica da tutela da posse consistir em verdadeiro fato social. Disto posto, face à inviabilidade em se determinar, qualificar e citar cada um dos ocupantes, entendeu a Quarta Turma do STJ pela suficiência da indicação de apenas alguns dos ocupantes que representariam em juízo os demais sem que se configurasse afronta ao art. 282, II, do Código de Processo Civil.

Cabe também apresentar aqui o recente julgado do STF acerca da demarcação de terras na Reserva Indígena Raposa Serra do Sol na PET 3388-4/RR.²³⁴ De intensa repercussão nacional e internacional, a ação popular proposta pelo Senador Affonso Botelho Neto impugnava o modelo contínuo de demarcação do território indígena Raposa Serra do Sol. Requeria, também, a suspensão dos efeitos da Portaria 534/2005, editada pelo Ministro da Justiça.

Após intensos debates, a Corte Máxima entendeu pelo reconhecimento da demarcação da reserva indígena localizada em Roraima. Determinou, como consequência, a saída compulsória dos proprietários rurais não índios da região, denominados “arrozeiros”. Este grupo de proprietários foi, por consequência, considerado como um agrupamento organizado apto a figurar no pólo passivo de uma demanda coletiva e a sofrer os efeitos da coisa julgada.

Especificamente com relação à ação em questão, embora tenha sido o entendimento da Corte pela improcedência da demanda, dela decorreu a decisão de que os rizicultores deixassem imediatamente a área objeto do litígio. Cumpre salientar que, “em termos estritamente processuais, pode causar espécie que da demanda, julgada improcedente, decorra uma execução (...). Mas o STF julgou a questão politicamente, o que permite a flexibilização da técnica processual”.²³⁵

Quanto à inserção da coletividade no pólo passivo, não merece prosperar a crítica usualmente feita de que ao reputar-se determinado ente como legitimado a representar os interesses dos ausentes estaria sendo tolhido o direito do réu, por si

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3.388/RR. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 19/03/2009, Publicado no DJe nº 181 de 25/ 09/2009.

²³⁵ ZUFELATO, C. Obra citada, p. 107, nota 36.

mesmo, realizar sua própria defesa. Ao contrário, boa parte da doutrina defende que a representação adequada, submetida a um controle concreto, seria meio idôneo a vincular eventuais interesses levados a litígio.²³⁶

2.5 CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA

A legislação brasileira dispõe expressamente, tanto em caráter constitucional quanto infraconstitucional (Leis n. 7.347/85 e n. 8.078/90), quem são, a princípio, os legitimados para atuar em juízo na defesa dos interesses transindividuais. A regra geral dos legitimados passivos é de que qualquer pessoa, tanto natural quanto jurídica pode figurar como ré em ações civis públicas ou coletivas²³⁷.

A despeito disso, para a maioria da doutrina, pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, “os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados no pólo ativo, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção”.²³⁸

Um dos argumentos utilizados pela doutrina para negar a legitimidade passiva ao grupo é o consagrado por Pedro DINAMARCO.²³⁹ Segundo o autor, diferentemente do modelo da *class action* norte-americana, no qual se realiza um controle *ope judicis* da representação adequada, ou seja, o juiz afere a representatividade adequada caso a caso, no Brasil o controle seria realizado *ope legis*, a partir de um rol taxativo de legitimados previsto em lei.

Haveria para esta concepção, portanto, classicamente, dois sistemas diversos de aferição de legitimidade, um que se dá *ope judicis* (v.g sistema norte-americano) e um *ope legis* (v.g. sistema brasileiro). Há, ainda, os que defendam a existência de um

²³⁶ VIOLIN, J. Obra citada, p. 62.

²³⁷ MAZZILLI H. N. Obra citada, p. 351.

²³⁸ MAZZILLI H. N. Idem, p. 357.

²³⁹ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 269.

sistema híbrido no Brasil, em que se mesclam elementos do sistema de *ope judicis* e *ope legis*.²⁴⁰

A diferença essencial entre eles reside na forma da aferição da adequação da representação, pois em ambos os sistemas “apenas terá legitimidade para defender interesses e direitos coletivos aquele que, presumida ou efetivamente, tiver potencial para defendê-los como se fosse o próprio titular destes interesses e direitos”.²⁴¹

Ao seu turno, Antonio GIDI, ao cotejá-los, aponta que tanto nas ações coletivas norte-americanas quanto brasileiras, os critérios para aferição da representatividade estão expressamente previstos nos respectivos regramentos. A única diferença seria a indeterminação do conceito da *adequacy of representation*, que no direito estadunidense seria integrado *in concreto* pelo juiz e pelo sistema de precedentes, ao passo que no Brasil os requisitos seriam mais objetivamente colocados.²⁴²

Em síntese, no sistema de *ope judicis* americano, o controle da adequação é feito pelo juiz em cada caso concreto. Somente haverá certificação quando do preenchimento de dois requisitos: a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes, tanto com relação ao representante quanto ao advogado do grupo, e pela ausência de conflitos de interesses entre o representante e o grupo.²⁴³ É, por conseguinte, apurada uma legitimidade real, que considera não apenas critérios objetivos, mas também subjetivos daqueles que irão litigar em nome de outrem.²⁴⁴

Por sua vez, em um sistema de *ope legis* a aferição depende de previsão legal, que estabelece limites à regra de legitimação. Fala-se, então, em legitimidade presumida, segundo a qual o juiz, mesmo diante de mostras claras da falta de competência do representante para tutelar interesses da coletividade, deve se sujeitar passivamente à situação. No entanto, tal definição, ainda que seja largamente utilizada para a conceituação do sistema brasileiro, não reflete a realidade pátria, como será mais bem explicitado nos tópicos a seguir.

²⁴⁰ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 109.

²⁴¹ MAIA, D. C. M. Idem, p. 109.

²⁴² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 47

²⁴³ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 104.

²⁴⁴ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 109.

No Brasil, sob a ótica da doutrina dominante, da qual se ousa discordar, para que determinado representante seja considerado apto a falar em juízo em nome dos demais membros, bastaria que estivesse incluído no rol de legitimados do art. 82 do CDC ou art. 5º da LACP.²⁴⁵ Para esta linha de entendimento, haveria no sistema brasileiro uma representação presumida e, ainda que fosse feito algum tipo de avaliação, esta se restringiria aos aspectos objetivos do representante, relativos ao seu tempo de constituição e sua finalidade.²⁴⁶ Conforme Cássio Scarpinella BUENO, no Brasil,

não há lugar para que se verifique se aquele que se apresenta perante o Estado-juiz, *pautado na letra da lei*, como adequado representante de determinada lide que diga respeito a diversas pessoas, seja pessoa apta, efetivamente, para exercer aquele *munus*. O sistema da representatividade adequada no Brasil, seja o estabelecido na Constituição Federal, seja o estabelecido no ordenamento infraconstitucional, é presumido: todos aqueles que preencham os requisitos previstos, em abstrato, na norma jurídica, devem ser considerados aptos para o regular desenvolvimento de uma ação denominada coletiva.²⁴⁷

Em sentido inverso ao excerto acima transcrito, não se pode afirmar que no ordenamento brasileiro haveria uma presunção de representatividade adequada apenas porque o legislador assim o desejou. Nesse sentido, as palavras de José Marcelo Menezes VIGLIAR, acerca da insuficiência de um rol taxativo de legitimados para figurar nas ações coletivas brasileiras, coadunam-se com as bases do presente trabalho.

Segundo o processualista, em razão do sistema brasileiro pertencer à família do *civil law*, acreditou-se erroneamente que a mera existência de uma lista de legitimados seria suficiente para determinar quem seriam os sujeitos adequados para representar a coletividade em juízo. “No Brasil, na melhor das hipóteses, temos um sistema ‘misto’: partimos de um rol de legitimados apresentados pelo legislador, mas o Judiciário faz sim (e deve mesmo fazê-lo) o controle da representação adequada”.²⁴⁸

²⁴⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, p. 61.

²⁴⁶ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 109.

²⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. As class action norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, nº 82, abr./jun. 1996, p. 130.

²⁴⁸ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p.315.

Disto posto, ainda que ambos os sistemas possam, à primeira vista apresentar uma resposta acerca da questão da legitimidade, somente o controle operado *ope judicis* tem a propriedade de resolver integralmente a problemática referente à inclusão de grupos organizados de maneira a incidir sobre seus componentes os efeitos da coisa julgada, mesmo quando desfavorável.²⁴⁹ Face este caráter, surge a importância de que sejam tecidas algumas considerações acerca do tema.

2.5.1 O controle judicial da “representatividade adequada”

Por entender que o controle da representatividade em ações coletivas se operaria *ope legis*, a doutrina nacional posicionou-se inicialmente contrária à possibilidade de aferição por meio judicial da representação,²⁵⁰ ainda perdurando, hodiernamente, tal entendimento para boa parte dos processualistas.

Os que advogam desfavoravelmente ao controle de aferição da legitimidade real argumentam, recorrentemente, que a coisa julgada nas ações coletivas não poderia prejudicar os membros do grupo, servindo tão somente em seu benefício.²⁵¹ Cumpre demonstrar, no entanto, que tal raciocínio é eivado de incorreção técnica, não podendo servir de base para obstaculizar a implementação de um método tão útil e eficaz como o controle *ope judicis* de legitimidade.

O ordenamento brasileiro, como forma de garantir a efetivação da justiça em ações coletivas, acabou por adotar a extensão *secundum eventum litis*²⁵² da coisa

²⁴⁹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 111.

²⁵⁰ LENZA, P. Obra citada, p.200. Nesse sentido, Antônio GIDI elenca a doutrina inicial de Ada Pellegrini Grinover que veio posteriormente a mudar de posição passando a admitir a possibilidade de que o juiz exerça tal controle. O autor cita ainda o escólio de Pedro da Silva Dinamarco, Nelson Nery Jr. e Arruda Alvim (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 129.)

²⁵¹ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, p.63.

²⁵² No caso da extensão *secundum eventum litis* “as sentenças somente terão estabilizadas com relação aos substituídos (indivíduos) quando forem de procedência nas ações coletivas” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed. Salvador: Jus Podium, 2007. v.4, p.339)

julgada coletiva no plano individual. O “que não significa dizer que as ações coletivas sempre beneficiam o réu e nunca o prejudicam”.²⁵³

Em havendo sentença de mérito, haverá sim a impossibilidade da repropositura da demanda coletiva. Correto dizer, então, que a sentença e a coisa julgada em ações coletivas de fato não podem prejudicar as esferas jurídicas individuais dos interessados, mas atingirão, sim, o direito supraindividual, difuso ou coletivo, na modalidade *pro et contra*.²⁵⁴

Outro argumento trazido pelos defensores do sistema *ope legis* é o de que o legislador já teria designado *a priori* quem seriam as pessoas jurídicas aptas a propor ações coletivas. Consequentemente, haveria uma presunção *iuris et de iure* da adequação, em que o controle já teria sido feito pelo legislador, mostrando-se dispensável qualquer aferição pelo juiz.²⁵⁵

Ao contrário, aponta Antônio GIDI, seria muito simplismo considerar que as milhares de associações existentes no Brasil, em razão do fato de atenderem ao requisito do tempo de constituição, sejam adequadas a representar os interesses de toda uma comunidade.²⁵⁶ Outrossim, Ada Pellegrini GRINOVER identificou problemas práticos do manejo de ações coletivas por parte destas associações. Aponta que estas, muitas vezes, face a carência credibilidade, seriedade e recursos técnicos e

²⁵³ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 126

²⁵⁴ “O que é *secundum eventum litis* é a extensão *in utilibus* da coisa julgada para a esfera individual dos componentes da comunidade ou da coletividade.” (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.126). Pertinente também a síntese de Jordão VIOLIN, segundo o qual “(...) caso a demanda tenha tratado de direitos difusos ou coletivos, a decisão se tornará indiscutível para os integrantes da coletividade, devido à sua ilegitimidade para propor a ação, e, para os demais legitimados, em razão de sua essência concorrente e disjuntiva. No caso de direitos individuais homogêneos (...) ainda que fiquem a salvo da coisa julgada coletiva, não é *materialmente viável* discuti-los individualmente dada a sua pequena monta” (VIOLIN, J. Obra citada, p. 68-69.)

²⁵⁵ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, p. 63-64. “No sistema brasileiro, a lei não admite a propositura da ação coletiva por intermédio de qualquer membro da coletividade. Ela estabelece, a priori, o rol dos legitimados a atuar em Juízo, em nome próprio, tutelando os interesses da coletividade, não cabendo ao juiz senão analisar se o autor encontra ou não sua legitimidade extraordinária prevista no ordenamento jurídico, atendendo ao disposto no art. 6º., fine, do CPC” (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 143.)

²⁵⁶ GIDI, A. Obra citada, p. 64.

econômicos, mostram-se incapazes de conduzir validamente a defesa dos interesses de seus membros.²⁵⁷

Outro aspecto destacado pelos críticos do sistema *ope judicis* diz respeito ao Ministério Público e seu papel dentro das ações coletivas. Alegam que o *parquet*, ao atuar como fiscal da lei, estaria em posição mais favorável que o próprio juiz para monitorar a conduta dos representantes.²⁵⁸

Ainda que se reconheça a importância da atuação do Ministério Público em demandas coletivas, em especial devido ao fato de que é realmente dotado de melhores condições para verificar a adequabilidade da representação dos interesses da coletividade, nem por isso deve o juiz deixar de decidir sobre a questão.²⁵⁹ Caso seguisse-se raciocínio contrário, mesmo que o agente ministerial reconhecesse, por exemplo, a falta de competência e seriedade de determinado representante e requeresse a extinção do feito, o juiz estaria de mãos atadas, não podendo atender ao pedido exarado.²⁶⁰ Neste caso a preocupação do Ministério Público em realizar o controle da representação seria, na verdade, inócuo.

2.5.2 Subsídios ao controle judicial

A solução utilizada pelo sistema brasileiro do controle da representatividade presumido, face uma falsa ausência de meios para que o juiz recuse um representante quando inadequado, suscita um intenso debate. Se por um lado parte da doutrina é contrária à possibilidade de tal controle, de outro há não apenas defensores da

²⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, mai./jun. 2002, p.3-4.

²⁵⁸ GIDI, A. Obra citada, p. 64.

²⁵⁹ “E mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo *parquet* não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo.” (GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 5.)

²⁶⁰ “Ainda que o Ministério Público, quando não for parte, deverá atuar nas ações coletivas do nosso sistema como fiscal da lei (Lei 7.347/85, art. 5º, §1º, e Lei 8.078/90, art. 92), não lhe sobra espaço, da mesma forma, para questionar a adequada representatividade do autor por meio do texto da lei” (BUENO, C. S. Obra citada, p. 131)

necessidade de um controle judicial de *lege ferenda*, como aqueles que pugnam pela defesa da representatividade real sem a necessidade de qualquer reforma legislativa.

Parte-se aqui do entendimento de que não é possível imaginar que determinada entidade, pelo simples fato de estar autorizada em lei para a condução de determinado processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva²⁶¹ numa presunção absoluta de representatividade adequada. É preciso que o juízo averigüe se o legitimado coletivo reúne, de fato, todos os atributos dele desejados bem como se conduz da maneira esperada o processo.

O próprio projeto Bierrenbach, que deu origem à LACP²⁶², de autoria dos processualistas Ada P. GRINOVER, Cândido DINAMARCO, Kazuo WATANABE e Waldemar Mariz de OLIVEIRA JR. já optava por um critério misto entre a *common law* e a *civil law*. Inspirado pela *Rule 23* americana,²⁶³ outorgava ao juiz a averiguação em concreto da representação adequada juntamente com outros critérios objetivos, como a constituição prévia e coerência com os objetivos institucionais da entidade.²⁶⁴

Ainda que tal dispositivo tenha sido vedado pelo Legislativo, acabando por prevalecer em nosso país uma teórica presunção da representatividade adequada, com a qual não se concorda, a resposta dada pelos doutrinadores desfavoráveis a um sistema de controle de representatividade *ope legis* não pode ser vista como definitiva. Mesmo que, porventura, não houvesse meios para a utilização de um controle *ope judicis de lege lata*, não merece prosperar uma vedação irrestrita à aferição judicial.

Qualquer método que se escolha, se de *lege lata* ou de *lege ferenda*, o controle da representatividade real revela-se verdadeira condição *sine qua non* para a efetivação do devido processo legal, da segurança jurídica, da ampla defesa, do contraditório e de um provimento justo. Mostra-se ainda mais imprescindível no presente estudo, que busca, como forma de implementação da ação coletiva passiva, dotar de legitimidade o representante coletivo. Nas palavras de Ada Pellegrini GRINOVER

²⁶¹ DIDIER JR., F.; ZANETI JR., H. Obra citada, p. 211.

²⁶² Projeto de Lei nº 3034/1984.

²⁶³ LENZA, P. Obra citada, p. 176-177.

²⁶⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 74.

independentemente dos resultados a que conduzir a análise da possibilidade de considerar prevista num determinado ordenamento a legitimação passiva da classe [...], é indispensável ter em mente que a construção favorável ao reconhecimento da categoria da *defendant class action* parte do pressuposto de que caberá necessariamente ao juiz aferir se a classe contra a qual se move a ação é adequadamente representada, como portadora em juízo dos interesses de todos os membros da categoria.²⁶⁵

Isto posto, cumpre o enfrentamento da questão atinente à possibilidade ou não de no ordenamento jurídico nacional o juiz ter poderes para aferir a representatividade adequada do legitimado na ação coletiva. Para isso apresentam-se duas concepções distintas, mas igualmente valiosas e pertinentes, uma que pugna pelo controle *ope judicis* de *lege lata* e outra que ainda antevê a necessidade de alteração legislativa para sua aplicação.

2.5.3 Controle da representação adequada *de lege lata*

Para aqueles que defendem a possibilidade do controle judicial sobre a adequada representação sem a necessidade de inovação legal, o processo brasileiro seria traçado pela mesma garantia do devido processo que rege o ordenamento americano.²⁶⁶ Não se poderia admitir, portanto, que a lei, apenas por ela mesma, determinasse em definitivo qual a solução mais perfeita possível sem que fosse outorgado ao magistrado a prerrogativa de avaliar em cada caso concreto se há ou não observância dos princípios constitucionais.²⁶⁷

Nesse sentido, Cássio Scarpinella BUENO, um dos primeiros defensores do controle judicial da coletividade na ação coletiva brasileira, procura deixar claro que a dita presunção da legitimidade adequada

²⁶⁵ GRINOVER, A. P. Obra citada, p. 6.

²⁶⁶ Para tanto, o magistério de Mauro CAPPELLETTI mostra-se pertinente. Segundo o autor, “devemos verificar que as distâncias entre as práticas processuais de famílias distintas (*common law* vs. *civil law*) não são tão ‘abismais’ como se imagina, a ponto de não nos socorrermos daquela realidade (mais uma vez) para o nosso próprio processo de aperfeiçoamento. CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil em El derecho comparado*. Buenos Aires: Valleta, 1973, p.4-10 *apud* VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 311.

²⁶⁷ BUENO, C. S. Obra citada, p. 129.

pode ser posta em xeque diante de um enfoque constitucional sério e pautado, como não poderia deixar de ser à luz de seu art. 5º, incs. LIV e LV, no vetor do devido processo legal. Destarte, toda a vez que o juiz entender que aquele que se apresenta portador de uma pretensão coletiva (melhor: pretensão coletivamente deduzida) não tem condições para bem representar a classe ou a coletividade ou o grupo respectivo, não deverá escudar-se atrás da letra da lei para deferir seguimento àquela ação coletiva.²⁶⁸

Igualmente, Antônio GIDI, toma a defesa de que o juiz tem a obrigação de avaliar a defesa dos interesses do grupo em juízo ainda que não haja expressa previsão em lei. Segundo o autor, no caso de ser notada eventual inadequação do representante, em qualquer momento do curso do processo, deverá ser aberto prazo para que haja a substituição por outro adequado.²⁶⁹ Em não sendo realizada, o processo deveria ser extinto sem resolução de mérito. E, se porventura já houver sido proferida sentença de mérito, não se formará coisa julgada material, podendo a ação ser reproposta por qualquer um dos legitimados.²⁷⁰

Cumprе salientar que ambos os autores, ao pugnarem pela possibilidade do controle da legitimação pelo magistrado de *lege lata* da representatividade, têm como objetivo apenas a negação da legitimação.²⁷¹ Por meio desta aferição não buscam outorgar legitimação aos entes adequados, mas verificar se o há atendimento do critério da representação adequada para que, em caso negativo, os ditos representantes sejam substituídos por outros adequados a desempenhar tal função.

No presente estudo, no entanto, revela-se imprescindível a outorga da legitimidade como forma de permitir que a coletividade ingresse como ré²⁷², ou seja, busca-se a avaliar a legitimidade *positivamente*, viabilizando a propositura da ação coletiva passiva.

²⁶⁸ BUENO, C. S. Idem, p. 130.

²⁶⁹ Antonio GIDI esclarece que não se trata de uma sucessão processual no sentido tradicional, que não teria aplicação no processo coletivo. Aduz que por analogia, aplica-se o art. 5º, §3º da LACP nos casos que o juiz considere o autor da ação coletiva inadequado. (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, nota de rodapé nº 14, p. 69.)

²⁷⁰ GIDI, Antonio. Obra citada, p. 68.

²⁷¹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 112.

²⁷² “Esse controle [*ope judicis*], uma vez demonstrado, em tese, portanto, permitirá falar-se em ação coletiva a ser movida em face da classe, mesmo inexistindo expressa previsão legal nesse sentido” (LENZA, P. Obra citada, p. 205.)

Consoante o controle *ope judicis de lege lata*, em não havendo qualquer vedação expressa à aferição da legitimidade real, esta pode ser inferida do próprio sistema legal.²⁷³

De maneira a introduzir a realização de controle judicial sem a necessidade de inovação legal, Jordão VIOLIN aponta o art. 13 do Código de Processo Civil,²⁷⁴ que trata do controle da representação das partes no processo individual, como fundamento legal para tal. Defende o autor que uma interpretação sistemática, por meio de uma interação entre os sistemas do Código de Processo Civil e o Código de Defesa do Consumidor permitiria que o *caput* do referido artigo fosse também aplicável aos processos coletivos.²⁷⁵

Ao contrário, aduz o processualista curitibano²⁷⁶, quanto aos incisos do art. 13, estes seriam inconciliáveis com os princípios balizadores da tutela coletiva. Na forma do art. 320 do CPC não haverá presunção de veracidade das alegações do autor quando tratar-se de direitos indisponíveis, não havendo que se falar, portanto, em aplicação dos efeitos da revelia, conforme prevê o inc. II.

Além disso, o objetivo de se estabelecer o saneamento da representação tem por escopo a correção de eventual defeito de forma. Ao contrário, não há, em regra, critérios formais para a averiguação da representação adequada. Para tanto, busca-se, na verdade, aferir o modo de se portar do representante, caso a caso, lançando mão, quando possível, de parâmetros típicos do Direito norte-americano.²⁷⁷ Conclui, então, o autor citado que “a suspensão do processo a que alude o artigo 13 do CPC deve ser entendida como um prazo para que se busque outro legitimado coletivo, capaz de representar adequadamente os interesses do grupo”.²⁷⁸

²⁷³ LENZA, P. Idem, p. 207.

²⁷⁴ Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II - ao réu, reputar-se-á revel;

III - ao terceiro, será excluído do processo.

²⁷⁵ VIOLIN, J. Obra citada p. 80-81.

²⁷⁶ VIOLIN, J. Idem, p. 81.

²⁷⁷ VIOLIN, J. Idem, ibidem.

²⁷⁸ VIOLIN, J. Idem, p. 82.

Da mesma forma que no sistema da *class action*, em que o controle da representação se iniciou por meio de criação jurisprudencial, nada obstaria que este tipo de aferição fosse também aplicável no Brasil. Em havendo fundamento legal apto a sustentar o controle judicial, cabe ao juiz realizar, de plano, a integração entre a norma e critérios de fiscalização.²⁷⁹

Como forma de viabilizar o controle da representação adequação de *lege lata*, afasta-se a objeção de que o juiz, ao realizar tal análise, agiria de forma discricionária, pondo em risco a segurança jurídica. A preocupação de que o juiz, pela via interpretativa pudesse distorcer o texto legal, devendo para tanto ser tomado como um ser inanimado ou uma mera “boca da lei” encontra-se já superado. Hoje se compreende que a lei não precisa necessariamente ser aplicada sempre em seu sentido literal, havendo muito mais flexibilidade na atuação dos magistrados, até como meio de absorver e neutralizar a complexidade dos conflitos intrínsecos à contemporaneidade.²⁸⁰

2.5.4 Controle da representação adequada de *lege ferenda*

Considerando os obstáculos inerentes ao controle da adequada representação de *lege ferenda* e o risco da admissão da demanda coletiva, não se pode deixar de apresentar a tese defendida por Diogo Campos de Medina MAIA, sob o risco de uma análise parcial.

O aludido autor, não obstante manifestar-se favorável à averiguação da legitimidade *ope judicis*, denominando-a como uma tentadora solução para a implementação da ação coletiva passiva no Brasil, não admite sua aplicação *de lege lata*. A ressalva feita seria a de que nosso ordenamento jurídico, tal como hoje se

²⁷⁹ VIOLIN, J. Idem, p. 89.

²⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *common law* e *civil law*. *Revista de Processo*, ano 34, nº 172, jun/2009, p. 126-127.

encontra, não estaria preparado para a realização do controle da representação adequada pelo juiz sem uma reforma legislativa²⁸¹.

Tese esta também defendida por José Marcelo Menezes VIGLIAR face às imposições decorrentes da possibilidade prática do emprego das ações coletivas passivas no que concerne à representação adequada e aos efeitos da coisa julgada.²⁸²

Dado que o exame da representatividade adequada real implica não apenas alterações no sistema de legitimidade jurídica processual, mas também no da coisa julgada e seus efeitos sobre as partes²⁸³, o elevado esforço intrínseco à implantação de tal controle por meio de *lege lata* se revelaria altamente desproporcional aos benefícios criados.

Além disso, levando em consideração que o sistema brasileiro pauta-se eminentemente pela aplicação da lei escrita²⁸⁴ a institucionalização da análise da representação adequada, caso a caso, sem padrões objetivos para sua realização, poderia ensejar um perigoso livre arbítrio judicial.

Diferentemente dos sistemas de *common law*, pautados essencialmente pelo regime de precedentes e que vêm desde o século XIX traçando os parâmetros para a *adequacy of representation*²⁸⁵, no Brasil, a implementação de um instrumento aberto, sem qualquer regulação e que deixe à mercê do juiz a decisão acerca de determinado ponto, daria margem à subjetividade e por conseqüência à insegurança jurídica.²⁸⁶ É de

²⁸¹ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 113-117. Em igual sentido VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 318.

²⁸² VIGLIAR, J.M.M. Obra citada, p. 318.

²⁸³ "De nada adiantaria a permissão de legitimados para figurar no pólo passivo da demanda sem que os titulares dos direitos materiais correspondentes ficassem vinculados ao provimentos jurisdicional." (MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 114).

²⁸⁴ "Además del distinto papel de los juristas en la formación del Derecho existen importantes diferencias de método que se traducen en que el Derecho del common law esté dominado por el casuismo, que es como el estado infantil de la ciencia, mientras que el Derecho del civil law se basa en la teorización de conceptos, clasificaciones, fundamentos y abstracciones, propias de la elaboración técnica y científica que ya caracterizó al ius civile (y que siglos después se generalizó en toda Europa como ius commune). En compensación, la diferencia de método se traduce en que el Derecho anglosajón, fundado en el "caso", está más en contacto con la realidad que el Derecho continental, fundado en esa especie de grandes autopistas jurídicas que son los Códigos y las leyes cuya aplicación en la realidad puede deparar grandes sorpresas." (SOTELO, José Luis Vázquez. A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law". Disponível em:

<http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_civil/>. Acesso em 15 de junho de 2010.

²⁸⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p.103.

²⁸⁶ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 114. Mitigando esta posição, Teresa WAMBIER assim coloca: "Este princípio [da legalidade] significa que os juízes têm de decidir os casos de acordo com a lei escrita. (...)

se ressaltar que em decorrência da intensa subjetividade que pautaria o controle *ope judicis*, sem garantias mínimas a serem observadas, sequer por analogia, correr-se-ia o grave risco de que interesses não representados em juízos fossem vinculados.²⁸⁷

Outro aspecto levantado pelo autor pela inviabilidade da proposta de *lege lata* é o de que o processo coletivo não tem sua fonte de garantia limitada à representatividade adequada, existindo outros requisitos “que não estão inseridos no conceito e na proposta de representatividade adequada de *lege lata*”.²⁸⁸ Ora, mesmo que houvesse uma previsão mínima no controle da representação a ser respeitada, afirma o autor, isso não significaria que todas as demais garantias exigidas para um provimento adequado teriam sido necessariamente cumpridas.²⁸⁹

Conclui, por fim que não obstante ser favorável à aferição *ope judicis* da representação adequada como meio de se outorgar mais segurança à legitimidade, o controle da representatividade adequada real significaria a imposição de “sacrifícios desproporcionais aos benefícios oferecidos, razão pela qual não seria possível sua aplicação, senão de *lege ferenda*, acompanhada de garantias que proporcionem o equilíbrio necessário ao sistema processual”.²⁹⁰

2.6 O CONTROLE DA REPRESENTAÇÃO ADEQUADA NA CLASS ACTION NORTE-AMERICANA

Não é possível se deduzir do sistema das *class actions* que houve uma preocupação por parte do legislador norte-americano em optar por uma natureza processual específica a ser outorgada ao litigante, se representante ou substituto processual. Ao contrário do sistema brasileiro, a norma processual estadunidense não

A rigidez que poderia se esperar encontrar nos sistema de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso que pode gerar um intenso desequilíbrio (como ocorre no Brasil): juízes podem decidir de acordo com suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei. (WAMBIER, T. A. A. Obra citada, p. 137).

²⁸⁷ MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 116.

²⁸⁸ MAIA, D. C. M. Idem, ibidem.

²⁸⁹ MAIA, D. C. M. Idem, ibidem.

²⁹⁰ MAIA, D. C. M. Idem, ibidem.

atenta detidamente ao detalhe da essência da representação. Na verdade “a sua atenção volta-se à criteriosa escolha daquele que será o responsável por defender os interesses da coletividade, eis que seus integrantes serão beneficiados ou não, de acordo com o resultado do processo judicial”.²⁹¹

Ainda que a jurisdicionalização efetiva dos conflitos sociais seja a tônica tanto da tutela coletiva norte-americana quanto da brasileira, a maior preocupação daquela é assegurar que a representação dos membros da coletividade seja justa e adequada em cada caso apresentado.²⁹² O requisito da *adequacy of representation*, previsto na alínea (a)(4) da *Rule 23*, revela-se como um fator essencial para a efetivação da *class action*. Ao assegurá-la, permite-se que os integrantes da categoria sejam sempre atingidos pelos efeitos da decisão transitada em julgado, não importando se favorável ou não à classe.

Pecando pelo excesso, cumpre repetir que no sistema norte-americano a condução do litígio coletivo é responsabilidade do juiz, que a controlará *ex officio* em todas as fases processuais, desde a propositura da ação até o final, tanto nas *plaintiff* (ações coletivas ativas) quanto nas *defendant class actions*.²⁹³

Nem mesmo a formação da coisa julgada preclui a questão da representatividade adequada, não podendo aqueles que forem inadequadamente representados ser vinculados pela sentença coletiva. Pode, portanto, o juiz, a qualquer momento, mesmo após decisão final acerca do mérito da causa, revogar a certificação inicialmente outorgada.²⁹⁴

Em síntese, lastreada no princípio constitucional do devido processo legal, garantido pela Quinta Emenda, de 1791, nos EUA

a possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente. Consequentemente estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da denominada representação adequada.²⁹⁵

²⁹¹ FERNADES, S. R. de A.. Obra citada, p. 143.

²⁹² MAIA, D. C. M. Obra citada, p. 105.

²⁹³ GIDI, A. Obra citada, p. 102.

²⁹⁴ GIDI, A. Idem, ibidem.

²⁹⁵ MENDES, A. G. de C. Obra citada, p. 81.

Ademais disso, o juiz, ao exercer o controle judicial, não apenas o fará com relação às *representative parties*, mas também aos advogados. Segundo Antônio GIDI, “não são poucos os critérios através dos quais o representante deve ser avaliado pela corte para aferir a sua adequada representação”. Continua o autor que “envolve muito mais uma questão de capacidade e habilidade por parte do pretendente do que uma questão de interesse pessoal”.²⁹⁶

A doutrina aponta três elementos para que se verifique a *adequacy of representation*: a demonstração por parte dos representantes de interesse jurídico na promoção da demanda, a competência dos advogados na condução de ações dessa espécie e por último a inexistência de conflito interno entre os representante e os representados.

Por ser considerada uma das premissas essenciais das ações coletivas naquele país, exige-se que o representante tenha também interesse individual na ação da classe, ou seja, deve “ter uma pretensão similar à dos demais membros daquela, prestando declaração escrita ou verbal”.²⁹⁷ Busca-se assegurar que o representante não seja motivado por fins meramente econômicos, mas sim que tenha um vínculo com a causa por ele defendida. O advogado, por sua vez, deverá ter experiência acerca dos fatos discutidos, bem como dedicação e recursos suficientes para dar continuidade à ação, que muitas vezes envolve exorbitantes quantias.²⁹⁸

Em suma, quanto ao representante vale a qualidade da defesa dos interesses do grupo, que consiste em um comprometimento com a causa e uma atuação efetiva em favor desta.²⁹⁹ Já em relação ao advogado, que exerce uma função primordial na ação coletiva americana³⁰⁰, deverá ser qualificado e especializado na área, ter experiência em litígios coletivos e deverá cumprir com seus deveres de maneira ética.e profissional, sempre a serviço do grupo e de seus membros, e não dos interesses do representante.³⁰¹

²⁹⁶ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 238.

²⁹⁷ DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 134.

²⁹⁸ DINAMARCO, P. da S. Idem, p. 137.

²⁹⁹ MENDES. A. G. de C. Obra citada, p. 82.

³⁰⁰ De acordo com a tradição norte-americana é o advogado quem custeia a ação, arcando com as altas despesas inerentes ao litígio coletivo como um verdadeiro empreendedor. (GIDI, A. Obra citada, p. 245.)

³⁰¹ GIDI, A. Idem, p. 111.

No caso particular da ação contra a classe, Nelson RODRIGUES NETTO, que se utiliza da *defendant class action* norte-americana como subsídio à a ação coletiva passiva brasileira, aponta três principais preocupações concernentes à escolha do representante adequado nos EUA: a) é o próprio autor quem faz a escolha; b) pode não haver incentivo pecuniário para que o réu suporte o custeio da defesa em nome da classe; c) a eventual falta de condições de se compensar o advogado pelos serviços prestados.³⁰²

Uma das grandes questões trazidas pelo sistema *ope judicis* norte-americano nas ações coletivas passivas é a de que em não havendo rol taxativo de legitimados, cabe ao próprio autor da ação definir quem será o representante do grupo réu.³⁰³ Torna-se usual, portanto, que este não queira aceitar o ônus de representar os membros ausentes do grupo-réu, pois não optou por defender interesses alheios.

Sendo-lhe imposta tal função, deverá o escolhido arcar sozinho com todas as altas despesas inerentes a um litígio deste porte, sem qualquer garantia de que será futuramente ressarcido. Surge então a figura do *unwilling class representatives*.³⁰⁴

Face o ônus que lhe é incumbido, o argumento mais comumente utilizado pelo representante é o de que, em razão de sua falta de interesse em tutelar direitos alheios em juízo, não poderia ser considerado um representante adequado. Os tribunais americanos, todavia, não têm decidido dessa forma³⁰⁵, optando por manter o nomeado, colocando a defesa dos interesses da classe acima do repúdio deste.³⁰⁶

O entendimento dos magistrados, no intuito de se evitar que o grupo réu se esquive da formação da coisa julgada releva-se muito útil no caso de uma possível implementação do controle *ope judicis* no ordenamento brasileiro. Não se exige nos Estados Unidos que o representante seja voluntário, mas apenas adequado. Se for

³⁰² RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007, p.97.

³⁰³ Conforme lição do Professor CHAFFE JR, "é uma estranha situação onde um lado escolhe o general do exército inimigo". CHAFEE JR., Zechariah. *Some problems of equity*. University of Michigan Law School, 1950, p. 237 *apud* RODRIGUES NETTO, N. Obra citada, p. 97.

³⁰⁴ GIDI, A. Obra citada, p. 407.

³⁰⁵ GIDI, A. Idem, p. 407.

³⁰⁶ DINAMARCO, P. da S. Obra citada, p. 137.

capaz de tutelar seus próprios interesses, o representante será muito bem capaz de defender os interesses do grupo.³⁰⁷

Uma vez constatada a presença da representação adequada, sendo determinada a manutenção do *class member* e por consequência ocorrendo a admissão da demanda em face da coletividade, haverá a certificação e a extensão dos efeitos da sentença a todos do grupo, ao que se denomina de *collateral estoppel*.³⁰⁸

No caso da eleição de um representante da classe ou do advogado³⁰⁹ se mostrar, por algum motivo, inadequada *in concreto*, (por exemplo em razão de conflitos de interesses entre representante e membros do grupo), o juiz poderá, a qualquer tempo no curso do processo, tomar algumas providências. Sua decisões, entretanto, sempre serão pautadas pela manutenção da ação coletiva, que só deverá ser extinta como último recurso.³¹⁰

As possibilidades incluem, dentre outras, o convite a outros membros e advogados para que substituam ou auxiliem o representante ou advogado; a subdivisão do grupo em subgrupos mais homogêneos de modo que cada subclasse tenha um representante de acordo com seus interesses; e a redefinição do grupo a fim de restringi-lo aos membros que sejam de fato adequadamente representados pelo pleiteante a representante.³¹¹

É cediço que as premissas que compõe as *defendant class actions* divergem das ações coletivas passivas brasileiras, não podendo ser automaticamente implementadas no Brasil. Não obstante, constituem um vasto arcabouço a ser utilizado na tentativa de se aperfeiçoar o sistema vigente, em especial em relação às questões atinentes ao controle da representação adequada, servindo, se não como modelo, ao menos como inspiração para os operadores do direito pátrio.

³⁰⁷ GIDI, A. Obra citada, p. 408. Na verdade, GIDI complementa que mesmo que pareça irônico, o melhor representante para um grupo-réu pode ser justamente aquele que mais se oponha à sua adequação e certificação vez que demonstraria sua capacidade de vigorosa tutela. (GIDI, A. Idem, p. 408).

³⁰⁸ VIGLIAR, J. M. M. Obra citada, p. 313, nota de rodapé nº 11.

³⁰⁹ GIDI, A. Idem, p. 248.

³¹⁰ GIDI, A. Idem, p. 128-129.

³¹¹ GIDI, A. Idem, ibidem.

CONCLUSÃO

Consoante Antônio GIDI, a legitimação em ações coletivas é um problema *cronologicamente* anterior à da coisa julgada, mas *logicamente* posterior.³¹² Consciente da importância da legitimação em ações coletivas passivas como forma de viabilizar a defesa de direitos contra a coletividade e com isso possibilitar uma futura vinculação dos membros do grupo às decisões proferidas, o presente estudo procurou abordar as principais questões acerca do tema, de modo que algumas considerações podem ser extraídas.

1. A ação coletiva passiva, em que pese ser raramente utilizada hodiernamente, na Era Medieval era tão frequente quanto a ação coletiva ativa. Em decorrência de uma sociedade homogênea e estratificada, na qual o indivíduo era confundido com a comunidade a qual pertencia e também em razão da inexistência do Direito Processual como categoria autônoma, não se questionava a representação de direitos alheios.

2. A superação da concepção do indivíduo como integrante de um grupo, o florescimento da filosofia individualista e uma nova noção do Direito Processual como ciência autônoma levou ao arrefecimento dos litígios coletivos, que só veio a ser quebrado com o surgimento das *class actions* norte-americanas no séc. XIX. Nos EUA, as ações coletivas passivas (*defendant class actions*), por meio da *Rule 23*, representam uma fonte de inspiração ao ordenamento jurídico brasileiro ao permitir expressamente a possibilidade de um grupo demandar ou ser demandado em juízo, bem como que seus membros sejam vinculados às decisões proferidas, sejam estas favoráveis ou não à classe.

3. Da verificação das violações de massa, infere-se que em muitos casos a coletividade não mais se apresenta como a parte prejudicada na relação jurídica, mas também como aquela que está a ameaçar ou violar um direito. Isto se verifica em casos envolvendo torcidas organizadas, greve de trabalhadores, conflitos agrários, invasões

³¹² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34.

por movimentos sem-teto, formação de cartéis, poluição ambiental, dentre outras hipóteses.

4. Tem-se uma ação coletiva passiva quando a demanda é dirigida contra uma coletividade que irá figurar no pólo passivo da demanda. Cabe ressaltar, no entanto, que, em ações coletivas passivas, a reserva de situações jurídicas passivas coletivas aos interesses individuais homogêneos revela-se uma proposta legítima, pois sua aplicação seria inviabilizada pela indeterminação típica das demais categorias de direitos coletivos em sentido amplo.

5. Como tentativa de superação das categorias processuais clássicas, o Direito Processual moderno ainda demanda uma remodelação a fim de que esteja apto a enfrentar os novos conflitos oriundos de uma sociedade massificada. A ação coletiva passiva, por sua vez, representa um valioso instrumento para que tal objetivo seja alcançado, servindo tanto aos interesses dos autores como dos réus. Por meio deste mecanismo processual garante-se não só o atendimento do acesso à justiça e da tutela efetiva, como também assegura economia processual para ambos os pólos e para o judiciário como um todo.

6. Partindo-se do entendimento de que em se tratando de ações coletivas sempre haverá a defesa em nome próprio de um direito alheio, cabe especial atenção ao fato de que apenas será garantida a efetividade do processo quando verificada a existência de uma adequada representação dos interesses postos em jogo. Nestes termos, o controle da representação mostra-se como condição *sine qua non* para a defesa em juízo da coletividade, entendimento este também perfilhado por outros autores ao longo do estudo.

7. Como forma de superação da falta de regulamentação da ação coletiva passiva no Brasil, a doutrina brasileira elenca uma série de mecanismos aptos a outorgar a legitimação passiva ao grupo. As concepções apresentadas iniciam com o entendimento de Fredie DIDIER JR e Hermes ZANETI JR, os quais pautam-se na garantia constitucional do acesso à justiça e em uma interpretação do art. 83 do CDC que admitiria todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela também para a defesa no pólo passivo. Em um viés diferenciado, Diogo Campo

Medina MAIA propõe uma leitura ampla do art. 6º sob pena de violação do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

8. A processualista Ada Pellegrini GRINOVER, manifesta-se igualmente favorável à ação coletiva passivas, ainda que sob outro argumento: a faculdade do Poder Público e de outras associações habilitarem-se como litisconsortes de qualquer uma das partes em demanda coletivas. Afirmação esta que é refutada, em parte, por José Marcelo Menezes VIGLIAR por não vislumbrar a possibilidade da formação de um litisconsórcio ulterior, ativo e facultativo nas demandas coletivas.

9. Ultrapassadas as questões atinentes à outorga de legitimação passiva, verifica-se que é o devido processo legal que irá equilibrar o procedimento das ações coletivas passivas de modo não seja dado alcance tal a esta ação a ponto de gerar intromissão inadequada, desnecessária ou desproporcional na esfera particular das coletividades. Para tanto, o sistema de representação de interesses mostra-se como uma saída estratégica ao estabelecer que, uma vez atendido o requisito da representação adequada dos interesses em juízo, os indivíduos poderão ser vinculados aos efeitos da coisa julgada mesmo que não lhes tenha sido concedido um “dia na corte”.

10. No caso de ações coletivas derivadas, excetuando as hipóteses de reconvenção e ação declaratória incidental em ação coletivas ativas, percebe-se que o Ministério Público não é um legitimado passivo ordinário, mas pode, eventualmente, ser demandado enquanto representante de uma coletividade.

11. Já quando houver ações intentadas contra grupos destituídos de personalidade jurídica, admite-se que tais entes figurem no pólo passivo das demandas sob a condição de que sejam constituídos com um grau tal de organização que ameacem ou lesionem direito de outrem. Como forma de viabilizar esta possibilidade, propõe-se a outorga da personificação jurídica ao grupo por meio de analogia com a *sociedade de fato* criando, então, a figura da *associação de fato*.

12. Como meio de garantir que os interesses dos membros ausentes no pólo passivo sejam devidamente assegurados em juízo, grande parte da doutrina entende que somente o controle operado por um sistema *ope judicis* tem a condão de resolver a problemática referente à aferição da representação adequada. No entanto, o modo

como se dará a utilização de tal controle, se *de lege lata* ou *de lege ferenda* ainda suscita um intenso debate.

13. Para aqueles que defendem a possibilidade de controle da adequada representação sem a necessidade de inovação legal, o fundamento legal reside no art. 13 do CPC, sistematicamente interpretado. Já os que entendem que a melhor solução será *de lege ferenda*, entendem que haveria desproporção entre o esforço despendido para sua efetivação integrativa e o benefício gerado pela sua implementação.

14. Por fim, o sistema de aferição *ope judicis* norte-americano revela-se de essencial importância para uma eventual aplicação de tal controle em nosso país. Isso porque a *adequacy of representation* é um dos pontos mais importantes do estudo da *class action*, uma vez que apenas haverá a sujeição dos titulares dos direitos discutidos aos efeitos da coisa julgada quando a representação adequada estiver garantida. Caso tenha sido verificada falha na representação, o juiz pode, a qualquer momento, mesmo após decisão final do mérito da causa, revogar a certificação inicialmente outorgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de Processo Comentado*. São Paulo: RT, 1975.

ALVIM, Thereza. O direito processual de estar em juízo. São Paulo: RT, 1996.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: RT, 2000.

_____. Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BUENO, Cássio Scarpinella. A class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para um reflexão conjunta. *Revista de Processo*, nº 82, p. 92-151 abr./jun. 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Paliai Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, n. 5, p. 128-159 jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIDIER JR. Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed., v. 4. Salvador: Jus Podium, 2007.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 2 ed., v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010.

_____. Processo coletivo passivo. *Revista de Processo*, nº 165, nov. 2008, p. 29-43.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1986.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed. rev. e aum., vol. I, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed. aum. e atual., v. III. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Las acciones colectivas pasivas en El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (coord.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. 2. ed. México: Porruá, 2004.

EISENBER, Theodore; MILLER, Geoffrey. The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues. *Vanderbilt Law Review*, nº 5, vol. 57, out. 2004. Disponível online em: <<http://law.vanderbilt.edu/publications/vanderbilt-law-review/archive/volume-57-number-5-october-2004/download.aspx?id=2960>>. Acesso em 15 de junho

FERNADES, Sérgio Ricardo de Arruda. Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, vol. 71, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 139-153.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americano sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: RT, 2004.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. *Revista de Processo*, nº 108, out./dez.2002, p. 61-70.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004

GAVROSKI, Alexandre Amaral. Das Origens ao Futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: Milaré, Edis (coord.). *Ação Civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 17-32.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, v. 361, p. 3-12, mai./jun. 2002.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.

LUKÁCS, Georg. *History and class consciousness: Studies in Marxist Dialects*. Translated by Rodney Livingstone. Cambridge: The Mit Press, 1971.

MAIA, Diogo Campos Medina. A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007

_____. *Ação Coletiva Passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 10 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimidade para agir*, 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, 4ª ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. São Paulo: RT, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 21ª Ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (coord.). *A Tutela dos Interesses Difusos*, São Paulo: Max Limonad, [s.d].

NÉRY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

RODRIGUES NETTO, Nelson. Subsídios para a ação coletiva passiva brasileira. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 149, jul. 2007, p. 79-103.

_____. The Optimal Law Enforcement with Mandatory Defendant Class. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=nelson_rodrigues_netto>. Acesso em 15 de maio de 2010.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Defendant class actions: o grupo como legitimado passivo no direito norte-americano e no Brasil. *Boletim científico- Escola Superior do Ministério Público da União*, nº 10, p. 139-154, jan./mar. 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SOTELO, José Luis Vázquez. A jurisprudência vinculante na "common law" e na "civil law". Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/artigos/processo_civil/>. Acesso em 15/06/2010.

TIDMARSH, Jay. Rethinking Adequacy of Representation. *Texas Law Review*. Vol. 87:1137, 2009. Disponível em <<http://www.texasrev.com/issues/vol/87/issue/6/tidmarsh>>. Acesso em 15/06/2010.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Flávia Batista. . Algumas considerações sobre as *class actions* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). *Revista de Processo* nº 159, ano 33, p. 93-117, mai. 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Mendes, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, p. 309-320, 2007,

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *common law* e *civil law*. *Revista de Processo*, ano 34, nº 172, p. 121-174, jun/2009.

ZUFELATO, Camilo. Ação Coletiva Passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação legal. In: Maria Clara Gozzoli, *et. al* (coord). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89-142.

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET 3.388/RR. Relator Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 19/03/2009, Publicado no DJe nº 181 de 25/ 09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. PET 7.884/DF. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Julgado em 10/05/2010. Publicado no DJ de 18/05/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 154.906/ MG. Relator. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma. Julgado em 04/05/2004, Publicado no DJ de 02/08/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 326.165/RJ. Relator Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma. Julgado em 09/11/2004. Publicado no de DJ 17/12/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.691/RJ. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma. Julgado em 05/02/2009. Publicado no DJ de 16/02/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 326.165/RJ. Relator. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma. Julgado em 09/11/2004. Publicado no DJ de 17/12/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC n. 610/SP. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma. Julgado em 25/08/1997. Publicado no DJ de 03/11/1997.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AG 2003.01.00.013498-1/DF. Relatora Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma. Publicado no DJ de 08/03/2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 1997.32.00.004637-2/AM. Relatora Desembargadora Selene Maria De Almeida, Conv. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar Da Silva (conv.), Quinta Turma. Publicado no e-DJF1 p.298 de 16/10/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento 157097, Quinta Turma Especializada. Relator Desembargador Antônio Cruz Netto. Publicado no DJ de 21/01/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC 878815, Sexta Turma, Relatora Desembargadora Mairan Maia. Publicado no DJU de 08/01/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AC 2002.04.01.000611-1, Terceira Turma. Relatora Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Publicado no DJ de 30/04/2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. Smith v. Swormstedt, 57 U.S. 16 How. 288, 288 (1853).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Supreme Court. 90 F. *598, p. 607, Circuit Court, N.D. Ohio, E.D, October, 18, 1898.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AR 70022197248, Quinto Grupo Cível. Relator Desembargador Paulo Antônio Kretzmann. Publicado no DJ de 20.06.2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AR 70002947232, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS. Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos. Publicado no DJ de 14/06/2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 076.477-4/1, Terceira Câmara de Direito Privado. Relator Ênio Santarelli Zuliane. Julgado em 05/05/1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 102.023-4/3, Terceira Câmara de Direito Privado de Férias. Relator Alfredo Migliore, Julgado em Publicado no DJ de 01/12/2000.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 27.381-4/0. Décima Câmara de Direito Privado. Relator Ruy Camilo. Julgado em 13/03/1997. Publicado no DJ de 27/03/1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC 30.133-4. Oitava Turma Cível Relator Cesar Lacerda. Julgado em 01/07/1998. Publicado no DJ de 04/08/1998.